

UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS  
MESTRADO EM HERMENÊUTICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

**INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ DE FETOS**  
**ANENCÉFALOS**

LILIAM APARECIDA CALDEIRA DE OLIVEIRA

JUIZ DE FORA

2010

LILIAM APARECIDA CALDEIRA DE OLIVEIRA

**INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ DE FETOS**  
**ANENCÉFALOS**

Dissertação apresentada à UNIPAC – para obtenção do título de Mestre junto ao Programa de Mestrado em Direito "Hermenêutica e Direitos Fundamentais", na Linha de Pesquisa "Pessoa, Direito e efetivação dos direitos humanos no contexto social e político contemporâneo".

Orientador: Professor Doutor Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho.

Co-orientador: Professor Doutor Sebastião Trogo.

JUIZ DE FORA

2010

### APROVAÇÃO DO ORIENTADOR

Pelo presente termo, fica depositado na UNIPAC esta Dissertação de Mestrado, em laudas, de autoria da aluna Liliam Aparecida Caldeira de Oliveira, matriculada no programa de pós-graduação *stricto sensu*, Mestrado em Hermenêutica e Direitos Fundamentais. O referido trabalho traz como tema “A interrupção da gravidez de fetos anencéfalos” e deverá ser avaliado para, atendendo aos requisitos exigidos pela instituição, ser aprovado por comissão competente, titulando como Mestre em Hermenêutica de Direitos Fundamentais sua autora. Figura como orientador desta Dissertação o Professor Doutor Sebastião Trogo, que aceitou tal encargo e cuja assinatura segue abaixo, reconhecendo tal orientação e trabalho, bem como sua aprovação para ser apresentado e avaliado.

Juiz de Fora,     de dezembro de 2010.

---

Professor Doutor Nuno Manuel Morgadinho Santos Coelho

Orientador

---

Liliam Aparecida Caldeira de Oliveira

FOLHA DE APROVAÇÃO BANCA EXAMINADORA

DEDICATÓRIA

PARA GABRIELA, AMOR DA MINHA VIDA.

## AGRADECIMENTOS

AGRADEÇO, EM PRIMEIRO LUGAR, A DEUS, POR TER ME DADO FORÇA E CORAGEM PARA SUPERAR OS OBSTÁCULOS QUE SE COLOCARAM DIANTE DE MIM.

AGRADEÇO AO COORDENADOR DO MESTRADO E MEU ORIENTADOR, **DR. NUNO MANUEL MORGADINHO DOS SANTOS COELHO**, PELO APOIO E INCENTIVO, SEM OS QUAIS EU NÃO TERIA CHEGADO ATÉ AQUI.

AO **DR. SEBASTIÃO TROGO**, AGRADEÇO O COMPANHEIRISMO E A PACIÊNCIA DURANTE O PROCESSO DE ELABORAÇÃO E CORREÇÃO DO TRABALHO.

AO **DR. LEONARDO MARINHO**, O MEU MUITO OBRIGADA PELA QUALIDADE DE SUAS AULAS, QUE SÓ FOMENTOU O MEU INTERESSE PELO DIREITO PENAL.

AO PROFESSOR **LEANDRO JOSÉ DE SOUZA MARTINS**, OS MEUS AGRADECIMENTOS PELA IMPRESCINDÍVEL COLABORAÇÃO À ELABORAÇÃO DESTE TRABALHO.

## RESUMO

Apresentamos o tema da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos para situar adequadamente a matéria penal dentro do âmbito que lhe compete, ressaltando, antes de tudo, que o Direito penal só se ocupa dos ataques mais graves aos bens jurídicos mais importantes para o desenvolvimento social do indivíduo (princípio de intervenção mínima). É partindo dessa premissa que pretendemos analisar a situação posta, chegando ao consenso da dificuldade de ser ou não punível o aborto, ou interrupção da gestação de um feto anencéfalo. O que queremos, nesta dissertação, é apontar elementos que indicam tal dificuldade, sem cair ou em extremismos ou em indeterminações, mas promover uma reflexão ético-jurídica de uma questão tão polêmica, estabelecendo a atipicidade penal e, conseqüentemente, a não punição da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, tornando-a medida necessária para evitar maiores sofrimentos para a família. A não criminalização da conduta poderia ser discutida e defendida sob o enfoque das três categorias do delito: ausência de tipicidade, tendo em vista o objeto de tutela da lei penal ou exclusão de ilicitude por atuar a gestante no exercício regular de um direito ou, ainda, excludente de culpabilidade, em razão da inexigibilidade de conduta diversa. Porém, a opção que fizemos nesse trabalho foi a de defender a atipicidade da conduta, o que torna desnecessário tecer considerações nos campos da ilicitude e da culpabilidade.

Palavras-chave: Interrupção da gravidez – Anencefalia – Direito Penal – Dignidade da Pessoa humana

## RESUMEN

Al presentar el tema de la interrupción del embarazo de un feto anencefálico situar adecuadamente los asuntos penales en el ámbito de su competencia, haciendo hincapié, sobre todo, que el derecho penal se ocupa sólo de los ataques más graves a los activos corporativos más importantes para el desarrollo social individuales (principio de intervención mínima). Es desde esta premisa de que tenemos la intención de analizar la situación planteada, la dificultad de llegar a un consenso o no el aborto punible, o la interrupción del embarazo de un feto anencefálico. Lo que queremos en esta tesis es señalar los elementos que indican que tal dificultad, sin caídas o el extremismo o indeterminaciones, sino para promover una reflexión ética y jurídica de un tema tan controversial, el establecimiento de atipicidad penal y, en consecuencia, no el castigo de la interrupción el embarazo de un feto anencefálico, por lo que es medida necesaria para evitar más sufrimiento para la familia. La no penalización de la conducta podría ser discutida y defendida desde el punto de vista de las tres categorías de crímenes: la falta de tipicidad, a la vista del objeto de la protección del derecho penal o un acto por la exclusión ilegal de mujeres embarazadas en el ejercicio regular de un derecho o incluso , exclusivo de la culpa, a causa de la imposibilidad de comportamiento diverso. Sin embargo, la elección que hicimos en este estudio fue para defender la conducta de atipicidad, lo que evita algunas consideraciones en los ámbitos de la ilicitud y la culpabilidad.

Palabras claves: La interrupción del embarazo - Anencefalia - Derecho Penal – la dignidad humana

## SUMÁRIO

|   |    |
|---|----|
| Introdução .....  | 11 |
| Capítulo I  |    |
| Entendendo as questões em horizonte .....                                   | 22 |
| 1.1 A debatida questão do aborto.....                                       | 24 |
| 1.2 Sobre a antecipação do parto para anencéfalos .....                     | 27 |
| 1.3 As questões fundamentais em defesa da Vida.....                         | 30 |
| Capítulo II   |    |
| Perspectivas acerca do direito à vida e da dignidade da pessoa humana ..... | 41 |
| 2.1 Do conceito pessoa e suas conseqüências no ordenamento jurídico .....   | 44 |
| 2.1.1 Compreensões gregas do termo .....                                    | 46 |
| 2.1.2 O Medievo Cristão.....  | 48 |
| 2.1.3 A Modernidade e a autonomia do sujeito .....                          | 50 |
| 2.1.4 Pontos contemporâneos .....   | 51 |
| 2.2 A pessoa humana e seu “estatuto jurídico” de Dignidade.....             | 54 |
| Capítulo III  |    |
| O biodireito e o estatuto do embrião .....                                  | 68 |

|   |     |
|---|-----|
|   | 10  |
| 3.1 A bioética e a questão do sofrimento.....   | 76  |
| 3.2 O fundamental direito à vida .....  | 77  |
| 3.3 O estatuto ontológico do embrião e suas dificuldades .....                                      | 82  |
| Capítulo IV   |     |
| A atipicidade penal na interrupção da gravidez em casos de anencefalia.....                         |     |
| <a href="#">877</a>   |     |
| 4.1 A interrupção da gravidez como medida terapêutica e não eugênica .....                          | 94  |
| 4.2 Atipicidade da conduta em se tratando de aborto de feto anencéfalo .....                        | 999 |
| 4.3 O respeito à vida e à dignidade da mulher .....   | 116 |
| Capítulo V  |     |
| A manifestação dos Tribunais sobre a anencefalia .....  | 120 |
| 5.1 Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 .....                                      | 120 |
| 5.2 Caso Gabriela Cardoso de Oliveira: HC 32159: De teresópolis/RJ ao Supremo Tribunal Federal..... | 125 |
| 5.3 Caso Michele Carvalho Seixas Faria: HC 88720 - STJ.....   | 132 |
| Conclusão.....  | 134 |
| Referências .....   | 138 |

## INTRODUÇÃO

A presente dissertação pretende satisfazer as exigências curriculares necessárias para a obtenção do título de Mestre em Teoria do Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC. Insere-se, também, como exercício interdisciplinar nas considerações do Direito Penal e da Ética e, por meio dela, tem-se, como objetivo, desenvolver o tema da atipicidade da conduta consistente em interrupção da gravidez em casos de feto anencefálico.

O objetivo geral do trabalho será analisar e compreender devidamente o entendimento ético e jurídico no Brasil acerca do aborto de fetos anencefálicos. Já como objetivos gerais, levam-se em conta os seguintes: - compreender o conceito de aborto, de aborto eugênico, de anencefalia e das principais características histórico-conceituais dessas questões; - estudar e conhecer o desenvolvimento histórico do pensamento ético referente à dignidade e à vida humana, bem como a procedimentos e posições médico-científicos no Brasil; - reconhecer a problemática da violação do direito à vida, discutindo os conflitos existentes e buscando soluções em relação à limitação que poderá ocorrer advinda da necessidade de interrupção de uma gravidez por má formação fetal.

Em 2004, numa decisão sob forma cautelar, o Ministro Marco Aurélio de Melo, do STF, admitiu a realização de interrupção de gestação de fetos anencéfalos. Tal fato gerou intensa polêmica em todo o país, movimentando distintos setores da sociedade. Muito além de toda a questão jurídica, implicações morais, sociológicas e de diversas outras ordens sobrevieram à discussão.

O panorama de intenso debate amplamente coberto pela mídia tornou a questão penal apenas um detalhe, submersa em meio a um emaranhado de argumentos de outras ordens, perturbando uma apreciação técnica e adequada da matéria.

É nesse sentido, de ordem de pensamento, que se pensa contribuir com estas linhas. A pretensão é de fazer um recorte do tema e situar adequadamente a matéria penal dentro do âmbito que lhe compete, ressaltando, antes de tudo, que o Direito Penal só se ocupa dos ataques mais graves aos bens jurídicos mais importantes para o desenvolvimento social do indivíduo (princípio de intervenção mínima). É partindo dessa premissa que pretendemos analisar a situação posta, chegando ao consenso da dificuldade de ser ou não criminosa a conduta consistente em interromper a gestação de um feto anencéfalo. O que queremos, nesta dissertação, é apontar elementos que indicam tal dificuldade, sem cair ou em extremismos ou em indeterminações, mas promover uma reflexão ético-jurídica de uma questão tão polêmica, estabelecendo a atipicidade penal da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, tornando-a medida necessária para evitar maiores sofrimentos para a família.

Convém notar, pois, que não se propõe o abandono completo de outros campos de consideração do problema, sobretudo o campo da ética e da moral. De fato, nosso trabalho quer estabelecer uma interface do Direito Penal com os elementos éticos e da cultura de nosso tempo, procurando interpelar estes caminhos de discussão tendo como foco central a questão jurídico-penal, de modo a vislumbrar até que ponto ela ocupa, ou deve ocupar, algum lugar nessa discussão.

Será destacada a aflição psicológica a que a gestante que constata que gera um anencéfalo é acometida, a qual parece ser permanente e crescente na medida em que se aproxima o traumático final da gestação. Isso implica em uma aflição de ordem moral, violadora da dignidade da pessoa humana.

Será também salientada a adoção, própria de um regime democrático, de um Direito Penal Mínimo, que obriga a pensar na proteção seletiva de bens jurídicos. É necessário cogitar se a vedação da interrupção da gestação de um anencéfalo efetivamente constitui uma ofensa grave a um bem jurídico importante para o desenvolvimento de um indivíduo na sociedade e, por via de consequência, se existe, neste caso, tipicidade material.

Por sua vez, no campo da ética, destaca-se o entendimento de noções fundamentais para o desenvolvimento deste tema: o conceito pessoa; a compreensão da chamada “dignidade de vida” junto à sua “integridade”; a compreensão de morte e suas conseqüentes dimensões posteriores; a noção de anencefalia e aborto. Ademais, por se tratar de elementos que se encontram nas fronteiras de outras vertentes, sobretudo a médico-científica, premissas do campo da Bioética são consideradas, de modo que, mesmo não constituindo o cerne da reflexão, embasem as considerações a partir de elementos novos que a ciência pode oferecer.

O Código Penal de 1940 permite aborto em duas situações: (a) risco concreto para a gestante; (b) gravidez resultante de estupro. O primeiro chama-se aborto necessário; o segundo humanitário. O aborto por anencefalia (feto sem ou com má formação do crânio) não está expressamente previsto na lei penal brasileira. De fato, a perspectiva sobre o aborto no Código penal ainda é bastante

conservadora. No caso do aborto por anencefalia, o debate instaurado evidenciou isso de forma clara. Entretanto, queremos demonstrar, em nosso trabalho, inexistência de uma razão que justifique a proibição do aborto quando se sabe que o feto com anencefalia, em quase todos os casos, não dura mais que dez minutos depois de nascido. Aliás, metade deles já morre durante a gestação. A outra perece quase imediatamente após o parto. A morte, de qualquer modo, é inevitável.

Entretanto, a problemática que se apresenta diante do quadro de anencefalia não é tão simples. Além dos elementos que já acenamos, a atual ausência de unanimidade quanto ao estado clínico de um feto que não tem formação de córtex cerebral e a própria dificuldade em se esclarecer o que é anencefalia, bem como suas causas, constituem pedras de tropeço para uma consideração que se pode tomar como definitiva. Convém, então, que se dê o maior número de elementos possíveis para que surja uma compreensão mais próxima do exato e do verdadeiro quanto à anencefalia, tanto em seus aspectos científicos, médicos, jurídicos e, também, morais.

Outro campo da dificuldade de tal assunto é o confronto entre estes mesmos aspectos, de forma que, se pudéssemos resumi-los, tal confronto se daria na dificuldade de perceber o que se quer proteger neste caso: a dignidade da vida, que se torna termo ambíguo pelas perspectivas que se tornam diferentes, pois algumas partem do ponto de vista da dignidade enquanto tarefa e realização, enquanto que outros se firmam em concepções ontológicas e que ultrapassam o fato biológico para ceder espaço a uma dimensão transcendental da existência humana.

Não há dúvida que a solução para a questão passa evidentemente pela técnica da ponderação do valor de tais bens a partir da observância dos princípios

da razoabilidade e da proporcionalidade que devem pautar a atividade de interpretação do direito. Mas o cerne da questão é justamente saber qual é o ponto de equilíbrio entre estes dois direitos em aparente tensão. Deve prevalecer o direito do feto anencéfalo de viver, ainda que somente de forma intra-uterina ou por alguns instantes após o parto, mas sem perspectiva de desfrutar efetivamente da vida extra-uterina, porquanto desprovida de massa encefálica e, pois, de consciência, inconsciência e de todos os sentidos que, ao que tudo indica, dão razão à vida? Ou, de outra parte, deve prevalecer o direito à dignidade da mãe, que sabe por comprovação médico-científica que o ser que gera não poderá viver fora de seu ventre, de modo que deve ser colocada à salvo da dor e sofrimento que o prolongamento do processo de gestação lhe causará? Neste embate entre vida x dignidade, direitos igualmente fundamentais do homem, qual deve preponderar sobre o outro?

A questão jurídica da tensão entre dois direitos humanos fundamentais deve ser solucionada. De um lado, o direito à vida a todos assegurados após a concepção, tal como tradicional e cientificamente aceitos; e, de outro, o direito à dignidade, expressamente consagrado na Constituição e que busca por a vida humana a salvo de todo tipo de dor e injustiça. Não basta viver, é necessário viver com dignidade. Direitos que naturalmente se completam, agora se conflitam, reclamando conciliação por parte do intérprete e operador do Direito para preservar seus núcleos mínimos de existência.

Neste conflito entre o direito à vida de um ser que inevitavelmente morrerá em pouquíssimo tempo e o direito a dignidade de uma pessoa humana, psíquica, física e espiritualmente formada, cuja dor da lembrança dos

acontecimentos ela carregará consigo por toda sua existência, parece razoável que a falta de perspectiva de vida do feto imponha que se mitigue a reivindicação deste direito, de sorte que ceda espaço à preservação daquele relativo à dignidade, como forma de se minimizar o sofrimento que o prolongamento do contato materno com o feto certamente lhe proporcionará.

Em princípio, a tendência é de se afirmar que a vida deve sempre prevalecer, porquanto sem vida não há falar-se em sociedade, ou mesmo em Direito de espécie alguma. A vida seria, pois, o maior dos bens humanos. Todavia, não parece razoável impor a uma mãe que tenha sua dor e seu sofrimento prolongados por meses até o dia do parto, como se de antemão tivesse sido condenada pela natureza simplesmente por ter um dia buscado contribuir para com ela. Soa irracional à compreensão humana e, pois, à razão do homem médio conceber-se entendimento contrário, que proíba a antecipação terapêutica do parto para privar de mais sofrimentos a genitora que vê, a cada dia que passa, seu ventre crescer e gestar um ser que sequer chegará, de fato, experimentar a vida como ela é, e morrerá, deixando ainda mais angústia, dor e lágrimas no coração de uma mãe já certamente inconsolável.

Torna-se, destarte, justificável a não criminalização nos casos de aborto de fetos anencéfalos, tanto pelos elementos acima, quanto pela simples consideração de que a legislação brasileira sempre admitiu o aborto quando a gravidez resulta de estupro (art. 128, II Código Penal). Ora, no conflito entre a dignidade da mulher (tomada pela violência sofrida) e a vida do feto, aquele bem sempre prevaleceu. O que nosso trabalho quer, a partir de tal compreensão, é entender, em semelhantes parâmetros, a razão que deve preponderar no conflito

entre a dignidade (de pessoa humana e de mulher) e a vida (do feto anencefálico desprovido de potencialidade de vida extra-uterina).

A anencefalia trata-se de uma anomalia diagnosticável, porém, não possui nenhuma explicação plausível para justificar sua origem, sabendo-se, apenas, que o feto não apresenta abóbada craniana e os hemisférios cerebrais ou não existem, ou se apresentam como pequenas formações aderidas à base do crânio, de forma que o aborto consiste na destruição da vida antes do início do parto, ou então, é o período que compreende desde a concepção até o início do parto, que é o fim da vida intra-uterina. Assim, pode-se dizer que, o aborto ocorre quando por algum motivo a vida intra-uterina é interrompida, e que a causa desta interrupção não seja o nascimento da criança. Aborda-se também, questão polêmica que é a impossibilidade de aborto em casos de feto anencefálico na legislação brasileira, vez que a lei é bem clara quando exclui a possibilidade de aborto eugenésico, ou seja, feto com deformidade ou enfermidade incurável, sendo que é fato que tal discussão gera controvérsia em diversos aspectos tanto éticos, como religiosos, jurídicos, etc.

É certo que não se pode admitir que tal entendimento sirva de precedente para a ampliação e proliferação descontrolada da prática em relação a outros casos supostamente análogos - ou seja, relativos a outras doenças cujo grau de certeza da morte pós-parto seja tão evidente para a ciência médica - e talvez seja esta a preocupação dos que defendem a proibição. Entretanto, não é menos certo que submeter a mãe ao sofrimento de gestar por nove meses um ser que sabe antemão virá a morrer logo após o parto, proibindo-a de interromper este processo, é negar-lhe uma gestação digna.

Daí, nosso trabalho possibilitar uma reflexão quanto a dificuldade de concluir definitivamente a questão da interrupção da gravidez de anencéfalos. Mesmo que, como conclusão maior, torne-se forte a idéia da atipicidade da conduta destes casos, convém destacar que não se trata de dizer que o Estado obrigue as gestantes de fetos anencéfalos de interromperem sua gestação, negando-lhes o direito de levar a gravidez até seu termo final. Infelizmente, para muitos, tomar uma posição diante de tal problema é apenas vê-lo de forma extrema: ou sim, ou não. Simplesmente entendemos, com isso, o assegurar-lhes a liberdade de decidirem se desejam sofrer mais, ou menos, optando ou não pela antecipação do parto, de modo que não se precisasse de mais um sofrimento (processos de tribunais, decisões judiciais, exposição na mídia), em uma escolha diante de duas possibilidades. Esse ponto será sempre frisado nas considerações desta dissertação.

O trabalho seguirá uma metodologia simples, partindo de elementos mais gerais até chegar ao seu tema central, no âmbito penal, de modo mais específico. Dividido em capítulos, resgatará as noções fundamentais para o entendimento da temática, elencará suas posições principais (tanto as que corroboram, quanto as que se colocam em perspectiva contrária) e, em certo sentido, permitirá ao leitor uma possibilidade de escolha pessoal. As conclusões do trabalho permitem justamente esse exercício de reflexão, de forma que o deixar em aberto uma definitiva proposição não constitui indeterminação, mas constante provocação em não se considerar, leviana e superficialmente, o pertinente e provocador problema.

Partimos do entendimento dos conceitos aborto e anencefalia e uma reflexão acerca de uma investigação conceptual e histórica sobre o aborto, suas considerações no campo do Direito, sobretudo a legislação penal do aborto. A especificidade da anencefalia, com suas implicações na sociedade, de modo

especial, nos últimos anos, será tratada na segunda seção deste capítulo. A anencefalia é uma má-formação congênita que atinge acerca de 1 em cada 1000 bebês. A palavra anencefalia significa “sem cérebro”, mas não está totalmente correto este conceito. Faltam ao bebê atingido partes do cérebro, mas o cérebro-tronco está presente. Algumas definições têm a anencefalia como a má-formação caracterizada pela ausência total ou parcial do encéfalo e da calota craniana, proveniente de defeito de fechamento do tubo neural durante a formação embrionária. A má-formação geralmente é reconhecida durante o pré-natal.

Além do aprofundamento da definição de anencefalia, serão levados em conta as experiências e sentimentos que tal realidade provoca, sobretudo após o diagnóstico, quando os pais se deparam com a difícil decisão entre vida e morte. Outro critério é a vida do bebê: quando um bebê anencéfalo sobrevive após o parto, terá apenas algumas horas ou alguns dias de vida.

O segundo capítulo, em sua primeira seção, mais ético-filosófica, tratará das noções de pessoa, dignidade de vida e integridade. O objetivo de tal capítulo é oferecer subsídios para uma reflexão sobre tais temas pelo Direito, aberta a outros campos afins que o complementam. De fato, toda dificuldade existente quando se trata de assuntos como o que queremos abordar provém das noções de pessoa humana, dignidade e integridade de vida. Esclarecer estes temas, a partir de uma perspectiva jurídica, paralelo a concepções filosóficas e éticas, possibilitará a compreensão das escolhas de método e abordagens que faremos nos capítulos seguintes.

O terceiro capítulo consistirá em refletir e argumentar sobre a Bioética e seus estatutos fundamentais. Considerações rápidas, somente para entrever o

campo da interdisciplinridade que este tema possui, remetendo o leitor a ulteriores pesquisas em outros campos do conhecimento.

Os critérios de um discernimento no campo penal sobre o aborto de fetos anencefálicos, os elementos que comporão tal capítulo partirão das polêmicas acerca de tal assunto para o ordenamento jurídico. O primeiro deles será a (re) interpretação daquilo que já se permite no atual Código Penal e como que se pode, por ele, entender o fato da anencefalia. Discutirá, ao fundo, questões como a integridade do Direito, a evolução e renovação das leis, a capacidade que nossos Códigos devem ter no acompanhamento do mundo, tanto no campo do direito, quanto no da ética e, ainda e sobretudo, no campo da realidade humana contemporânea, o campo da ciência e da tecnologia. Somente a partir destes elementos é que se poderá (re) pensar juridicamente a questão da anencefalia, para alcançarmos a lucidez de acreditar que o fato em discussão deve ser entendido como uma realidade a ser tratada não só com medidas paliativas, mas com resoluções mais claras.

Em seguida, queremos esclarecer, dentro do âmbito penal, se a atividade de interrupção da gravidez de um feto anencefálico é, verdadeiramente, um aborto ou uma interrupção terapêutica. Seguirá, assim, a dialética sobre a proteção do feto portador de anencefalia (má formação do encéfalo e da calota craniana - incompatível com a vida extra-uterina) e a proteção à saúde da mulher. Em outras palavras, queremos ver como seria possível, com o esclarecimento de tais conceitos, harmonizar, sem prejuízo de nenhuma das partes, os direitos garantidos pela Constituição Federal de direito à vida (do feto) e o direito fundamental da mulher à dignidade, à saúde e à autonomia reprodutiva, acrescentando os

desgastes psicológicos e sociais que toda a família pode sofrer ao se deparar com tal situação.

As considerações finais darão, como que em esquema, as conclusões mais evidentes que tal debate pode provocar, oferecendo elementos que sugerem a atipicidade da interrupção da gravidez de feto anencefálico. Toda a justificativa para esta escolha será dada em pequenas conclusões ao longo dos capítulos, oferecendo-se, aqui, apenas um esquema formal de todas elas.

## CAPÍTULO I

### ENTENDENDO AS QUESTÕES EM HORIZONTE

A problemática em torno da interrupção voluntária de gravidez de feto anencefálico<sup>1</sup>, comumente chamada aborto, ou antecipação terapêutica, vem repercutindo ultimamente no âmbito jurídico, ao mesmo tempo em que provoca questões bem complexas no campo da ética e da moral. Em qualquer ambiente, seja ele mais acadêmico, seja mais popular, as questões sobre os anencéfalos – quem são, devem ou não ser gerados, quais as causas deste problema, dentre outras – provocam as mais diversas interpretações e correntes, sobretudo se esta questão se refere ao sim ou não pelo aborto em tal gestação.

Ainda que o aborto seja um fenômeno universal tão antigo quanto a civilização, sobre ele notam-se diferentes posicionamentos, dependendo da diversidade de culturas e de sociedades. No Ocidente temos referências nas diferentes fontes da sua tradição cultural.

Com o desenvolvimento das liberdades democráticas, principalmente no século xx, o aborto voltou à baila da discussão como exigência de um direito da mulher de exercer sua autonomia em relação à gestação. O direito ao aborto

---

<sup>1</sup> “Não se trata, como é evidente, de matéria original. Fetos anencéfalos sempre existiram. Há, no entanto, diferença marcante entre o passado e o presente. Antes, o anencéfalo era reconhecido na interrupção espontânea da gravidez ou no ato do nascimento. Agora, meios tecnológicos permitem, em nível de absoluta certeza, denunciar a anencefalia em tempo precoce. A ultra-sonografia detecta, até os fins do primeiro trimestre da gravidez, “a ausência simétrica dos ossos da calota” craniana, ou seja a acrania, o que autoriza um diagnóstico específico e seguro de anencefalia. A antecipação diagnóstica coloca em discussão – o que não seria sequer imaginável em época anterior – a questão da pertinência ou não, nessa hipótese, da interrupção da gravidez ou da indução do parto” (FRANCO, 2005, p. 496).

começou a ser legalizado em diversos países. Os posicionamentos a favor e contra o aborto se acirraram em lutas políticas e movimentos sociais que assumiram, no âmbito anglo-saxão, as denominações de *pro choice* (a favor da livre escolha) e *pro life* (em favor da vida).

Há correntes que buscam entender que tal feto, por não possuir elemento fundamental para a vida humana, não é sequer pessoa, e, por isso, não seria possível admitir a gestação de tal feto. A compreensão geral é que os fetos nasceriam mortos, ou não teriam muito tempo de vida depois do parto. Acrescentam-se a estes tantos grupos que levam em conta a decisão pessoal e única da mãe (dos pais) se é viável ou não abortar: seja em nome de uma postura que coloca a mulher como responsável de seu corpo e com o que acontece nele, seja em nome dos que acreditam ser tal gestação fonte de sofrimento e frustração para os pais, sobretudo, para a mãe que nutre um feto cuja possibilidade de vida extra-uterina é inexistente.

No entanto, talvez com a mesma intensidade, grupos não-abortistas impedem que tais questões sejam respondidas por essas justificativas, abordando outros elementos como a inviolabilidade e incomunicabilidade da vida, o estatuto ontológico do embrião e a compreensão que o mesmo, ainda que não possua o córtex cerebral ou parte dele, continua sendo pessoa, cujos direitos precisam ser respeitados desde o primeiro momento da fecundação. Para tais grupos, o anencefálico precisa ser respeitado como um feto normal e a possibilidade ou não de sua sobrevivência não pode ser colocada como fator suficiente para justificar o aborto. Aliás, tais grupos não observam como prática aceitável o aborto e possuem a lei (no caso do Brasil) a seu favor quanto ao caráter criminoso que tal ato possui

(arts. 124 a 127 do Código Penal), não obstante as duas hipóteses que afastam a ilicitude de crime, como se verá mais tarde.

Estes dois grupos sempre se combatem com argumentos cada vez mais afiados, contando com uma participação direta da ciência e de seus operadores, bem como da instituição jurídica com seus estatutos e ordenamentos. De fato, a questão do aborto, sobretudo dos anencéfalos, tomou uma proporção enorme nos meios jurídicos pelo fato acima descrito: o caráter de crime que tal ato possui e o fato de não se subsumir nas exceções que o Código Penal oferece.

Ora, conforme o mesmo Código Penal, duas hipóteses afastam a ilicitude do crime: a gestação que apresente risco de vida para a gestante e a gravidez resultante de estupro. Entretanto, não está previsto na Lei Penal nada que oriente (positiva ou negativamente) a realização do aborto de feto em razão de ser anencefálico, ou ser um feto cuja possibilidade de sobrevivência é mínima. Quando tal realidade surge apela-se para autorizações judiciais que possam conceder ou não tal aborto, ato que surge com força e propriedade nos últimos anos, exigindo uma urgente revisão da forma como o Direito possa ordenar tal fato, com maior sensibilidade e clareza.

### **1.1 A debatida questão do aborto**

A questão do aborto coloca igualmente o problema do conflito entre a vida humana e a pessoa humana. Para uns, o embrião humano é uma vida pessoal desde a sua origem. Porém, o respeito pela vida desse embrião pode ser

subordinado ao valor da qualidade dessa vida. Assim, porque o embrião humano é uma vida pessoal, poderemos invocar a qualidade futura dessa vida pessoal para justificar o aborto.

Para outros, o embrião é uma vida humana no sentido biológico do termo e só adquire a qualidade de pessoa durante o seu desenvolvimento. A etapa por meio da qual o ser humano se torna pessoa torna-se, então, outro problema ético. O dilema do aborto se atenua, entretanto, na medida em que o que é suprimido não é uma pessoa, mas uma vida biologicamente humana.

Surge, aí, outras tantas questões, sobretudo esta: a ilicitude ou não do aborto de anencéfalo, sua inserção como uma terceira hipótese ao lado dos incisos do art. 128 CP, ou sua total proibição. No Brasil, a autorização para o aborto no caso de anomalia fetal incompatível com a vida deve ser emitida por juízes, não havendo ainda um registro, uma lei ou artigo positivado que dê autorização para a prática de aborto nos casos semelhantes à anencefalia.

Em uma sociedade democrática e pluralista, a única maneira de influir na busca de soluções para estes determinados problemas é dialogar e participar da discussão com clareza e pertinência sobre seus próprios argumentos e com respeito pela posição contrária. O respeito absoluto à vida do feto mais a defesa e a promoção humana da mulher são dois bens que necessitam ser colocados na busca de tais respostas, superando o superficialismo da exclusão mútua, em busca de uma possível conjugação.

O certo é que, diante de tal problemática aventada pelo dilema do aborto de anencéfalos (ou da interrupção da gestação), encara-se, na verdade, uma disputa não só jurídica, mas também política e social. De um lado se posta uma

visão religiosa, mormente cristã, sustentando a dignidade humana do feto e seu direito à vida com o conseqüente descabimento da prática do aborto anencefálico; de outro, um pensamento arraigado na cultura ocidental, difusor da dignidade humana da gestante como fundamento jurídico para a prática abortiva em hipóteses que tais. Resume bem estas idéias o Prof. Busato (2005. p. 580), ao dizer que:

Por trás da discussão técnica processual, late uma questão muito mais importante: os aspectos morais e jurídicos implicados na causa e que, certamente, ainda que não enfrentados neste momento pelo STF, já despertaram a atenção de diversos segmentos de nossa sociedade. Ocorre que nosso Estado, ainda que laico, abriga uma vasta gama da população vinculada aos dogmas religiosos, em especial os do catolicismo. A interrupção da gestação é tratada pela religião católica de forma bastante rígida. A expressão legislativa relacionada ao aborto é evidente fruto desta influência. Por esta razão, veio à tona, a reboque da discussão proposta ao STF, toda a questão relacionada ao aborto.

Em recente artigo, o Prof. Junges (in: BARRETO, 2006, p. 37), conhecido por atuar a área da Bioética, afirmou, sem medo, que estes outros interesses interrompem um pensamento centrado e sistemático em relação ao aborto de anencefálicos. De fato, uma “avalanche” de conceitos e perspectivas relacionadas com o tema parece ter feito com que se perdesse o referencial central da questão, sobretudo no interior dos grupos que visam defender ou atacar a questão do aborto.

Para Junges, muitas vezes, as componentes de grupos pró/contra aborto defendem muito mais seus interesses privados mais incoerentes com a “bandeira” que cada grupo levanta. Ambos não se questionam com os elementos formativos para a questão do aborto, mas apenas com as conseqüências, querendo mais a cura da dor que da doença.

Para o autor, os grupos organizados para lutar contra o aborto são formados por integrantes das classes abastadas que não se preocupam com a mudança das estruturas sociais causadoras do aborto. O grupo antiabortista também não leva em consideração a situação dolorosa e de conflito em que a mulher muitas vezes se encontra, tendo que arcar sozinha com uma gravidez indesejada.

Ora, em ambas perspectivas reduzidas, esquece-se de levar em conta elementos mais fundamentais, sobretudo a preservação, dignidade da vida e a responsabilidade que se adquire ao estar defronte a mesma. Nenhuma das lutas se faz de forma coerente se não alargam mais as suas perspectivas, ou seja, se não se preocupam também com o ambiente social que depois irá receber tanto a criança, quanto a mulher que opta em abortar.

## **1.2 Sobre a antecipação do parto para anencéfalos**

O mesmo se diz em relação ao anencéfalos. Ora, a questão que se discute é se a permissão de tal prática fere ou não os princípios fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana; o princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade e o direito à saúde. Ou seja, diante do referido caso aprovado, de forma cautelar, pelo Ministro Marco Aurélio de Mello em 1º de julho de 2004, debateu-se mais sobre questões gerais do aborto do que sobre aquilo que constituía ponto central da discussão, isto é, se o

Direito Penal deve ou não regular a matéria relacionada com a interrupção da gestação de um anencéfalo.

Segundo o Professor Busato (2005, p. 580), uma correta visão da matéria deve retornar ao marco teórico apropriado para a discussão: em um Estado Democrático de Direito, de caráter laico, com compromissos assumidos com a dignidade da pessoa humana e com o pluralismo moral e cultural, não há razão justificadora para confundir questões jurídicas com questões morais, ainda que, a nosso ver, uma não interponha, mas complemente a outra<sup>2</sup>.

As questões estão em aberto. Hajam vista dois elementos: o primeiro, em relação ao ato da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), que protocolou junto ao Supremo Tribunal Federal a ADPF (Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº 54, pondo em tela de juízo a interrupção da gestação de feto anencéfalo. Pretendia, a referida ação, que o Tribunal Constitucional do país reconhecesse expressamente o direito da mulher de interromper a gestação em situações desta natureza. O Ministro Marco Aurélio Melo concedeu liminar, entendendo que “a permanência do feto mostra-se potencialmente perigosa, podendo ocasionar danos à saúde e à vida da gestante”. O Ministro reconheceu “a lógica irrefutável da conclusão sobre a dor, a angústia e a frustração experimentadas pela mulher grávida ao ver-se compelida a carregar no ventre, durante nove meses, um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá”<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Não se quer, aqui, contradizer os elementos propostos por tal autor em seu artigo. Afinal, os objetivos são distintos, além de estar claro, para quem ler o texto de Busato, sua intenção de separar elementos morais de elementos eminentemente jurídicos.

<sup>3</sup> “O ministro Marco Aurélio de Mello, do Supremo Tribunal Federal, na argüição formulada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na saúde, de descumprimento de preceitos fundamentais – da dignidade da pessoa humana, da legalidade, em seu conceito maior, da liberdade e autonomia da vontade e do direito à saúde – consagrados pela Constituição Federal de 1988, concedeu liminar, ad referendum do Tribunal Pleno, para sobrestar os

Do mesmo lado se coloca o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil que decidiu, por maioria de votos, considerar que a interrupção da gravidez de feto anencefálico não é considerada prática abortiva, quando esta matéria foi examinada pelos 81 advogados que compõem o Conselho, tomada com base no voto do relator da matéria na entidade, o conselheiro federal pela Bahia, Arx Tourinho. Segundo ele, só pode existir aborto se houver possibilidade de vida do feto, o que não se concretiza no caso dos anencéfalos.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal (STF) ainda não se manifestou cabalmente sobre o mérito do artigo redigido pela CNTS e pelo Instituto de Bioética, a ADPF. Pois, no dia 20 de outubro de 2004, o Plenário do STF reuniu-se e cassou a liminar, por maioria. É que estava em suspenso o julgamento do mérito (em virtude de vista dos autos ao Min. Carlos Ayres Britto) para a discussão da adequação do meio escolhido ADPF para o objetivo buscado. Entendeu-se então, que não era o caso de manter-se a liminar com efeitos *ex nunc* se ainda estava pendente discussão sobre a própria legitimidade do veículo processual escolhido para a demanda. Este dado se coloca como segundo elemento que corrobora a não conclusão da problemática.

---

processos e decisões não transitadas em julgado e para reconhecer 'o Direito Constitucional da gestante de se submeter à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto' e o 'risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desconfortos em pronunciamentos judiciais até aqui notados' (Medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54 – 8, Diário da Justiça, Seção 1, nº 147, de 2 de agosto de 2004, pp. 64/65)'. Na ação 'a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, invocando o art. 1º da Lei 9.882 de 1999, propôs a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF nº 54-DF), indicando como preceitos fundamentais descumpridos o artigo 1º, III (dignidade da pessoa humana), o artigo 5º, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade), e os artigos 6º e 196 (direito à saúde), todos da Constituição Federal, e, como ato do poder público causador da lesão, os arts. 124, 126, caput, e 128 I e II, do Código Penal". In VELLOSO, Carlos. O aborto do feto anencéfalo. **Folha de São Paulo**. ed. 04 de novembro de 2004, p. A3. (BUSATO, 2005, p. 580).

Por mais que haja um longo caminho a percorrer no estudo da interrupção da gestação de anencefálicos, não se pode deixar de oferecer elementos importantes para a compreensão do mesmo. Tal problemática não pode deixar de ser debatida constantemente, pois, a cada momento, uma nova reflexão se apresenta, um novo modo de encarar a questão se coloca.

### **1.3 As questões fundamentais em defesa da Vida**

O direito à vida é a fonte primária de todos os outros bens jurídicos e em seu conteúdo está presente o direito à dignidade da pessoa humana, que se expressa por meio das condições econômica, sociais e culturais dignas de existência. O direito à vida é um direito fundamental do homem, porque é dele que decorrem todos os outros direitos. É também um direito natural, inerente à condição de ser humano. Por isso, a Constituição Federal do Brasil declara que o direito à vida é inviolável. Diz o artigo 5º da Constituição: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida...”.

Sabemos que todos os direitos são invioláveis; não existe direito passível de violação. Mas a Constituição Federal fez questão de frisar a inviolabilidade do direito à vida exatamente por se tratar de direito fundamental. Importante lembrar que a Constituição Federal é a Lei Maior do país, à qual devem se reportar todas as demais leis. Além disso, os direitos previstos no artigo 5º da Constituição Federal

são “cláusulas pétreas”, isto é, são direitos que não podem ser suprimidos da Constituição, nem mesmo por emenda constitucional.

Entretanto, são muitas as questões que se levantam diante da mesma vida: começo, qualidade, fim, são termos sempre muito próximos a tudo que se questiona quanto ao direito a vida humana. Dentre tantas questões, o aborto se levanta como uma das mais fortes, sobretudo nas culturas que predominam o catolicismo ou as éticas mais humanistas. E tal problemática se acentua diante dos casos de anencefalia que, por meio da tecnologia da medicina, pode ser diagnosticada já nos primeiros meses da gestação, possibilitando ou não um desejo dos pais de prosseguirem ou interromperem o processo formativo deste feto.

A Constituição Federal designa a vida como direito fundamental do ser humano. Nesta linha, muitos comentadores se colocaram como defensores da vida em qualquer circunstância, ao lado de outros que defendem a vida em aspectos menos ontológicos e mais existenciais. De qualquer forma, ambas teorias pressupõem a vida como inalienável, direito absoluto do ser humano, ainda que as diferenças ocorram nas considerações mais específicas como o início da vida, seu término, suas condições enquanto conservação, qualidade, preservação.

Conforme lemos em Moraes (2002, p. 64), a Constituição Federal proclama o direito à vida, e que em razão disso cabe ao Estado assegurá-la em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à sua subsistência. Ainda que o texto não detalhe sobre estes aspectos, o segundo é importante em demasia para a consideração da conduta acerca da gestação de fetos anencéfalos. A vida digna, ou

de qualidade, é algo evidente para permitir ou não a prática de se interromper a gestação em casos de anencefalia.

Nesse sentido o mestre Silva (1997, p. 181) afirma que a vida, indicada e protegida como direito fundamental no *caput* do art. 5º da CF/88, não será considerada apenas no seu sentido biológico, compreendido como incessante auto-atividade funcional, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva, que alguns autores denominam de vida de relação. A “relacionalidade” fundamenta em aspectos evidentes o próprio ser humano, a ponto de a mesma ser considerada, desde Aristóteles, uma das marcas mais fundamentais do humano, distinguindo-o de qualquer outro ser.

O direito à vida é a fonte primária de todos os outros bens jurídicos e no conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral, especialmente, o direito à existência. Consiste esse último no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender à própria vida, de permanecer vivo. De fato, o muitos autores afirmam a indisponibilidade e inviolabilidade da vida. É irrenunciável e protegível, inclusive, com emprego de força contra aquele sujeito que voluntariamente pretende abandoná-la. O ordenamento jurídico brasileiro não confere às pessoas o direito à morte, e não podendo tirar a própria vida ninguém estará autorizado a fazê-lo em relação à vida de outrem. Donde decorre a tipificação dos delitos praticados contra a vida intra e extra-uterina.

Entretanto, uma outra problemática se levanta, promovendo duas correntes em franca oposição: os que defendem a existência da vida desde a concepção, ou aqueles que vêem o início da vida apenas quando certas estruturas

do organismo humano já se encontram formadas. Afinal, qual momento a vida se inicia? A partir de qual momento a vida humana precisa ser considerada sob os aspectos que acima foram descritos? A esse respeito, há opiniões diversas: concepção ou outro momento, mais tarde.

Até mesmo a Igreja Católica, que hoje defende a sacralidade da vida humana desde sua concepção, durante a maior parte de sua história, ou seja, por cerca de 1800 anos, pouca atenção deu à questão. Em 1588, o Papa Sisto (ou Sixto) V condenou o aborto à excomunhão. Esta decisão, todavia, foi revogada pelo Papa Gregório XIV (1590-1591), retomando a Igreja à tradicional visão de que o aborto não era homicídio e, assim, não deveria ser penalizada de tal forma. Assim, se a Igreja não aprovava o aborto, pelo menos não o condenava. Somente com o Papa Pio IX (1846-1878), a questão foi retomada e a condenação pela excomunhão outra vez aplicada (DENZINGER, 2007, p. 1352).

Hoje, percebe-se no Catolicismo a defesa do início da vida na fecundação e a idéia de ciclo vital. Um ciclo, como o próprio nome indica, é algo que se repete continuamente. Não tem assim nem início, nem fim. Tanto o espermatozóide quanto o óvulo são unidades de vida e sua fusão apenas a perpetua, ainda que com características distintas de cada uma delas individualmente. O que se forma é uma vida diferente, como são diferentes os indivíduos em cada uma das etapas da vida.

Um embrião é diferente de uma criança, que é diferente de um adolescente, que é diferente de um adulto. Mas são todos componentes de um ciclo contínuo. Assim, nem a união dos gametas nem qualquer outra fase do ciclo pode ser denominada de início da vida. Esta questão, sob tal óptica, é na verdade irrelevante. A vida é um processo contínuo e qualquer um dos pontos utilizados para

marcar suas fases, tais como o implante no útero ou o aparecimento de ondas eletroencefalográficas, são meras tentativas de categorizar os eventos e facilitar seu estudo, não tendo qualquer significado na definição do momento em que a vida realmente se inicia.

Mas, em relação à fertilização, outros problemas advêm. O primeiro problema advém do fato de que a fertilização não é um momento, mas uma seqüência de eventos que pode durar várias horas (geralmente de 12 a 24 h). Assim, dizer que a vida começa na fertilização não resolve a questão, já que fertilização, ao contrário do que muitos acreditam, não é um único momento. Um segundo problema advém do denominado "argumento dos gêmeos". Após a formação do zigoto, por um período de até 2 semanas aproximadamente, as células que se formam seguindo a fertilização podem se separar formando gêmeos, trigêmeos, quadrigêmeos etc.

Assim, até passar o período em que a formação de gêmeos seja possível, não se pode dizer que o zigoto existente seja um indivíduo; na realidade, o processo de individualização não se encerra até que a possibilidade da formação de gêmeos desapareça totalmente.

Depois da fertilização, a célula então formada começa a sofrer um conjunto de divisões, dando origem a um número crescente delas. À medida que aumenta o número de células, também se inicia um processo de diferenciação, ou seja, as células passam a já não ser exatamente todas iguais. Depois de passadas cerca de 2 semanas, as células podem ser divididas em duas grandes categorias, ectoderma e endoderma, seguindo-se a formação de uma terceira, o mesoderma. Tais grupos de células são denominados de folhetos embrionários. São estes

folhetos que darão origem aos diferentes tecidos do corpo humano, tais como músculos, pele, tecido nervoso etc. É também por volta desta fase que o embrião se fixa no útero materno.

Para vários pesquisadores, é apenas nesta fase, após passado o período de possível formação de gêmeos, que a verdadeira individualidade do embrião se apresenta. As propriedades básicas que governarão o embrião e conduzirão à formação de seus distintos órgãos e tecidos não estão presentes até esta fase e, apenas durante ela, perdem as células presentes a capacidade de gerar novos indivíduos. Assim, é apenas durante esta fase que se completa a "individualização". Temos aqui, sem dúvida, um novo indivíduo.

Outras teorias colocam o início da vida ainda mais tarde. Durante o desenvolvimento embrionário, por volta de 24-27 semanas após a fertilização, já se é capaz de registrar pela primeira vez um eletroencefalograma (EEG) do embrião, o que significa a inquestionável existência de um sistema nervoso funcional (ainda que não necessariamente completo). É de conhecimento geral que, modernamente, tem se utilizado a morte cerebral, determinada pelo EEG, como critério de morte, permitindo assim a retirada inclusive de tecidos vivos para transplantes. O argumento aqui, portanto, é bastante simples. Se o EEG é utilizado como critério de vida e morte no adulto, também deveria ser empregado no embrião, ou seja, até que surjam efetivamente as ondas cerebrais, tal embrião está destituído da verdadeira vida humana.

Em suma, são várias as perspectivas que vêem a vida humana em momento posterior à fecundação. Esse outro momento pode ser o da "nidação", isto é, quando o óvulo fecundado se implanta no útero, o que começa entre o 6° e o 7°

dias após a concepção. Antes disso, argumentam, não se pode falar em vida humana. Há ainda outras teses que prolongam o início da vida humana a partir de elementos mais tardios á fecundação, em 6 processos (FRANCISCONI, 2006):

- Cardíaco: Início dos batimentos cardíacos (3 a 4 semanas);
- Encefálico: Atividade do tronco cerebral (8 semanas);
- Neocortical: Início da atividade neocortical (12 semanas);
- Respiratório: Movimentos respiratórios (20 semanas);
- Cortical: Ritmo sono-vigília (28 semanas);
- "Moral": Comunicação (18 a 24 meses pós-parto).

Até há não muitos anos, a preocupação com a incolumidade do nascituro se traduzia em defendê-lo contra o aborto. O rápido desenvolvimento da Biologia e ciências afins e ancilares, exige que a preocupação se estenda para defendê-lo contra agressões devidas a motivos ou finalidades de pesquisa, experimentos, terapia. Por outro lado, especialistas em Medicina, Biologia, Genética e respectivas ciências afins e ancilares, apresentam sólidos argumentos em favor do início do ciclo vital de um “indivíduo humano”, no instante da concepção, isto é, união do óvulo e do espermatozóide – “fusão dos gametas”; o novo ser (ente) humano, unicelular, já tem o seu próprio código genético; o seu próprio “genoma”, resultante dessa fusão, diferente porém do genoma do pai e do genoma da mãe, o qual permanecerá o mesmo, imutável, até o fim da sua vida, conferindo-lhe individualidade, o que quer dizer que ele é e sempre será idêntico a si mesmo e diferente de todos os demais.

Uma vez que o bem jurídico vida, de cada indivíduo humano, nascituro ou nascido, decorrente do valor humano vida, do qual todos os demais dependem - a ele se subordinam todos os demais bens jurídicos. É, portanto, inaceitável destruir ou lesar o bem jurídico vida de quem quer que seja (nascido, de qualquer idade) ou nascituro (desde a concepção), ainda que não tenha possibilidade de viver, não seja viável). Esse primordial bem jurídico é um direito, não concedido pelo Estado nem por qualquer entidade supra-estatal, com suas normas jurídicas, mas que deve ser juridicamente reconhecido, respeitado e protegido pelo Estado e pelas entidades supra-estatais, porque é direito natural.

Entretanto, ao longo da discussão sobre a utilização de células-tronco embrionárias para pesquisas, a resposta do Ministro Ayres Britto teria sido contrária à proposta do Procurador-Geral da República, Antonio Fernando de Souza, e do advogado da CNBB, Ives Gandra Martins, que discursaram pela inconstitucionalidade da Lei de Biossegurança, defendendo que a Constituição garante o direito à vida e que o embrião já seria um ser vivo. Todavia, o Ministro Relator da ADIN, Min. Carlos Ayres Britto, em seu voto, posicionou-se pela Constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança.

Segundo o Ministro Ayres Britto, a Constituição Federal, quando se refere a direitos e garantias constitucionais, fala do indivíduo pessoa, ser humano, já nascido, desconsiderando o estado de embrião e feto, mas a legislação infraconstitucional cuidou do direito do nascituro, do ser que está a caminho do nascimento. O ministro sustentou, entretanto, a tese de que, para existir vida humana, é preciso que o embrião tenha sido implantado no útero humano. Segundo ele, tem que haver a participação ativa da futura mãe. E o embrião não sobrevive no útero sem a mãe.

Segundo ele, o zigoto (embrião em estágio inicial) é a primeira fase do embrião humano, a célula-ovo ou célula-mãe, mas representa uma realidade distinta da pessoa natural, porque ainda não tem cérebro formado. ‘O zigoto não pode antecipar-se à metamorfose’, observou. ‘Seria ir além de si mesmo para ser outro ser’. Ele citou como exemplo a relação entre a chuva e a planta, a crisálida e a lagarta. ‘Ninguém afirma que a semente já é planta ou que a crisálida é uma borboleta’, afirmou. ‘Não há pessoa humana embrionária, mas um embrião de pessoa humana. Esta, sim, recebe tutela constitucional, moral, biográfica, espiritual, é parte do todo social, medida de todas as coisas’. Entende o Relator que a vida só começa após o nascimento. Segundo suas declarações, “Vida humana é o fenômeno que transcorre entre o nascimento e a morte cerebral. No embrião o que se tem é uma vida vegetativa que se antecipa ao cérebro”. (cf. a íntegra do voto disponível em <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>)

Ainda que toda esta discussão se mantenha acesa, dispõe o Código Civil brasileiro de 2002 no art. 2º a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Por sua vez Código Penal brasileiro prevê nos artigos 124 a 127 a tipificação do aborto provocado pela gestante, por terceiro com ou sem o consentimento da mesma. Quanto ao direito penal, independente da discussão da personalidade plena ou formal, o nascituro é considerado pessoa, e o aborto classificado como crime contra a pessoa, no capítulo dos crimes contra vida.

Crescentemente se tenta estabelecer uma distinção entre a noção de indivíduo e da pessoa. O termo indivíduo se aplica a uma entidade cuja unidade, ainda que complexa, é definível negativamente: algo, ou alguém, é indivíduo quando

não é outro indivíduo. O termo pessoa se aplica a uma entidade cuja unidade é definível positivamente, com elementos procedentes de si mesma. O indivíduo está determinado em seu ser, a pessoa é livre e ainda consiste em ser tal.

Algumas pessoas, apoiando-se na definição de Boécio da pessoa como “substância individual de natureza racional”, afirmam que o início da vida pessoal não poderia situar-se antes da implantação. Por conseguinte, fazem da individualidade biológica uma condição essencial da personalidade. Outras pessoas, identificando na prática natureza humana e patrimônio genético humano, crêem que a vida de um ser humano é necessariamente vida pessoal. Nos dois casos, o conceito de pessoa é um conceito substancial.

A esta concepção substancialista, opõe-se uma segunda que faz da pessoa uma qualidade. A personalidade seria uma característica complexa que o ser humano adquire no decurso de seu desenvolvimento. É por isso que, deste ponto de vista, é completamente plausível e mesmo necessário distinguir vida humana e vida pessoal. Por fim, seguindo uma terceira perspectiva, a pessoa é um conceito relacional, é pela sua inserção numa rede de relações pessoais que o ser humano se torna uma pessoa. - a dignidade da pessoa humana (assim como - na esteira de Hannah Arendt - a própria existência e condição humana), sem prejuízo de sua dimensão ontológica e, de certa forma, justamente em razão de se tratar do valor próprio de cada uma e de todas as pessoas, apenas faz sentido no âmbito da intersubjetividade e da pluralidade.

Ser pessoalmente é fazer ato de ser, tornar-se responsável não de algumas qualidades ou propriedades, mas do próprio fato de ser. Esta compreensão, original do pensamento de Martin Velasco introduz na consideração

da pessoa a responsabilidade, a liberdade, a decisão no próprio seio do ser pessoal. Segundo Ricoeur, tornar-se pessoa é dar à individualidade certa significação, cujo significado maior pode ser entendido com a noção de dignidade, critério de atuação em relação à pessoa: “tentam, por uma argumentação coletiva, elaborar modelos que permitam uma melhor qualidade de vida, respeitando simultaneamente as liberdades individuais e a dignidade humana” (CHANGEUX, RICOEUR, 1998, p. 335). São pontos do próximo capítulo.

## **CAPÍTULO II**

### **PERSPECTIVAS ACERCA DO DIREITO À VIDA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Este capítulo, cuja abordagem se faz a nível ético-filosófico, trata das noções de pessoa e da sua concepção, bem como da sua dignidade, ao longo do pensamento, sobretudo ocidental. O objetivo de tal capítulo é oferecer subsídios para uma reflexão sobre tais temas, abrindo o campo do Direito a outros elementos afins que o complementam.

Ainda que a temática trabalhada se esmere a uma perspectiva jurídica, elementos de cunho filosófico e ético não podem deixar de ser contemplados, pois toda dificuldade existente quando se trata de assuntos como o que queremos abordar provém das noções de pessoa humana, dignidade e integridade de vida. Esclarecer estes temas, a partir de uma perspectiva jurídica, paralelo a concepções filosóficas e éticas, possibilitará a compreensão das escolhas de método e abordagens que faremos nos capítulos seguintes.

Diante da temática que se quer trabalhar, fica evidente a quantidade de questões que um possível leitor poderá levantar. Além da especificidade ética de tal assunto, a questão do aborto acrescida pela referência da anencefalia, compartilha, dentro de si mesma, uma reflexão jurídica, própria dos estatutos do Direito, pois, a determinação ética para a problemática da anencefalia propõe um percurso que coincide com os elementos da justiça, do correto, do devido, aporias que o direito e

sua prestação lidam a todo tempo. Compatibilizar reflexão com o fenômeno jurídico não é só um desafio a ser enfrentado, como uma provocação a qual não se pode olvidar.

Conceitos como dignidade humana e identidade pessoal são de feição notadamente ética. As preocupações contemporâneas revelam-se como uma problemática diferente da sociedade da Grécia clássica, que se expressa em algumas reflexões subjacentes à idéia de dignidade da pessoa humana: em primeiro lugar, encontra-se uma interrogação crescente, que não foi formulada pelos fundadores da cultura filosófica do Ocidente e que se refere à determinação de critérios que possam distinguir entre todos os seres vivos ou não do universo, quais podem ser definidos como constituindo uma pessoa humana.

A segunda questão remete ao âmago do direito das sociedades democráticas contemporâneas, onde se irá atribuir a essa “pessoa humana” uma “identidade própria” vinculada a uma série de valores que são determinantes e caracterizadores dos direitos humanos, núcleo fundamental do estado democrático de direito.

Portanto, este capítulo requer uma compreensão destes termos no seu aspecto mais fundamental. Não há a preocupação aqui de esgotar toda esta matéria, não só por falta de espaço e por não constituir tema fundamental desta pesquisa. O que se oferece são elementos, pontos e reflexão que permitem entender que toda questão humana, à qual o Direito tem a responsabilidade de responder, não pode ser tratada com superficialidade ou artificialismos. Responder a questões humanas com tais características tão somente faz perceber a não compreensão destes questionamentos. Justifica-se, assim, a preocupação em

saber, primeiro, o que é a pessoa humana, como entender sua concepção e seus fundamentos, para, em seguida, repassar às questões referentes a sua dignidade.

Falar de dignidade da pessoa humana é lidar com um “problema de fronteira”: é fazer paralelos entre as proposições oferecidas pela ética (enquanto reflexão sobre a conduta do agir humano), entre os estatutos jurídicos oferecidos pela Ciência do Direito (enquanto possibilidade de ordenamento da conduta humana) e os novos paradigmas científicos que, a cada dia, surpreendem e desestabilizam raízes que sustentam as vertentes acima mencionadas.

Ao tentar estabelecer elementos sobre a dignidade humana, este capítulo traça aspectos axiológicos conjugados aos elementos próprios do Direito. Aliás, conforme se expressa neste trabalho, não há como isolar o elemento ético do jurídico, pois este também se ocupa da vida e da regularidade ou desequilíbrio que possam ser provocados pela conduta humana no plano das relações.

A dignidade da pessoa humana constitui um dos direitos fundamentais da Constituição Federal. Segundo Stancioli, o que a Constituição resguardou é a noção de pessoa além da unidade física. De fato, conforme o autor, a personalidade é “um processo, um vir-a-ser acabado” (2010, p. 22), sustentado na positivação de direitos garantidores de uma dignidade superior.

Conclui bem este pensamento uma breve palavra de MARTINS-COSTA (2000, p. 234-235):

Sob o seu estatuto epistemológico particular, o Direito também se ocupa da vida – do nascer e do morrer, de quem é a pessoa,

de sua filiação, de seus valores existenciais e de suas relações patrimoniais, de seus direitos(...) Portanto, falar em Direito é falar fundamentalmente em pessoa e em relação – o modo como se estabelecem as relações entre as pessoas (individual ou coletivamente consideradas), e a relação das pessoas com as coisas, bens materiais e imateriais.

## 2.1 Do conceito pessoa e suas conseqüências no ordenamento jurídico

A conceituação de pessoa é, sem dúvida, problema importantíssimo e difícil. Entretanto, conforme observa Stancioli (p. 24), “são quase nulos os estudos jurídicos que buscaram, com a devida profundidade, a elucidação histórica e os sucessivos incrementos teóricos acerca da matéria”. Para expressar tais características, é preciso lembrar o que Martin Heidegger, autor contemporâneo, dizia pelos idos dos anos 50:

Nenhuma época teve noções tão variadas e numerosas sobre o homem como a atual. Nenhuma época conseguiu, como a nossa, apresentar o seu conhecimento acerca do homem de um modo tão fácil e rápido. Mas, também é verdade que nenhuma época soube menos que a nossa o que é o homem. Nunca o homem assumiu um aspecto tão problemático como atualmente (HEIDEGGER, 1979, p. 76).

A compreensão do conceito de pessoa já requer especial atenção desde a sua etimologia<sup>4</sup>. O uso desta palavra tem duas origens: por um lado, a idéia

---

<sup>4</sup> Ainda que a etimologia seja sempre a mesma, a compreensão do conceito de pessoa não seguiu a mesma determinação e unidade ao longo dos diversos períodos do pensamento da humanidade. De fato, cada período do pensamento humano enfocou um determinado ponto de vista como central na concepção de pessoa, passando desde a compreensão da pessoa enquanto membro estatal, corporativo (Grécia Antiga e seu ideal da Polis), ao indivíduo

estóica de papel que o homem desempenha neste mundo, uso ao qual se liga o sentido jurídico desta palavra em latim. Por outro lado, o emprego feito pela teologia, especialmente nas controvérsias sobre a Trindade, em que serviu para traduzir *Hipóstasis* enquanto oposto de *Physis*, de *Ousia*. (LALANDE, 1996, p. 813).

O termo latino pessoa tem, entre outros significados, o mesmo que o termo grego *prosopon*, do qual se estima as vezes que deriva o primeiro, quer dizer, o significado de máscara. No uso corrente, pessoa significa atualmente indivíduo, considerado em si mesmo, homem ou mulher, ser humano; personagem. Apesar de pessoa derivar de *persona*, esta palavra latina não comporta, em seu uso primeiro, tal sentido que atribuímos, hoje em dia, à noção de pessoa. Uma tese afirma que a palavra latina *persona* foi originalmente estabelecida em língua latina, por uma justaposição gramatical da preposição *per* e do substantivo *sona* resultando *per + sona = persona*. Outra tese estabeleceu que ela derivasse do verbo *personare*, de sua forma verbal gerúndio *personando*; outra, ainda, a fez derivar da expressão *per se una*, enquanto designa *una por si*. (STANCIOLI, 2010, p. 27-29).

Tanto em um caso quanto em outro, a palavra *persona* serviu para significar o mesmo que se significa com a palavra grega *prósopon*: máscara e personagem. Trata-se da máscara que cobria o rosto de um ator a desempenhar seu papel no teatro. Pessoa é a personagem e por isso, os personagens da obra teatral sobretudo a tragédia são *dramatis personae*. Às vezes, deriva-se o termo *persona* do verbo *persono* (infinitivo *personare*), soar através de algo, de um orifício

---

dotado de valor em si mesmo (autonomia kantiana), até as concepções contemporâneas que elevam a individualidade subjetiva, seja na questão da comunidade política, da linguagem, ou da transcendência (enquanto possibilidade de transformação e revalorização do mundo).

ou cavidade, como fazia ressoar a voz através da máscara. O ato mascarado é alguém personificado, *personatus* (cf. FERRATER-MORA, 1994, p. 2550-2551).

De início, a idéia do valor intrínseco e distintivo da pessoa humana deita raízes já no pensamento clássico e sobretudo no ideário cristão. De fato, o conceito de pessoa e seu correlato dignidade da pessoa foram trabalhados de forma sistemática e exaustiva nos idos da Escolástica, com a influência marcante dos estudos aristotélicos sob a batuta de Tomás de Aquino. Entretanto, não se pode simplesmente dar à escolástica cristã, unicamente, os méritos de uma reflexão acerca destes temas sobre a pessoa humana, já que tais considerações são possíveis de serem encontradas na filosofia aristotélica do século IV a.C., nos estoícos e no pensamento oriental.

### 2.1.1 Compreensões gregas do termo

Os sentidos originários de *prosopon* e de pessoa parecem estar de algum modo relacionados com a significação que se deu ao conceito de pessoa. Evidente que a concepção grega de pessoa é ainda uma concepção incipiente, pois a preocupação maior para tal período se estriba nas questões de conhecimento do ser e da verdade no Logos. Mesmo assim, os elementos acerca do homem (e consequentemente, da pessoa), são evidentes nos gregos clássicos, sobretudo em Sócrates, Platão e Aristóteles.

A concepção de pessoa para a Grécia Antiga não pode ser desatrelada da reflexão sobre a Política e a Metafísica, enquanto estudo do Ser. A concepção de

homem, de pessoa, só pode encontrar nestes dois elementos sua fundamentação e significância.

A cultura clássica elabora uma imagem de homem na qual são postos em relevo dois traços fundamentais: o homem como animal que fala e discorre (*zoon logikon*), e o homem como animal político (*zoon politikon*). Esses dois traços estão, de resto, em estreita correlação, pois só enquanto dotado de logos o homem é capaz de entrar em relação consensual com seu semelhante e instituir a vida política (LIMA VAZ, 2001, p. 27).

Com tal conclusão, percebe-se na filosofia de Aristóteles uma contribuição fundamental para a compreensão antropológica na Grécia Antiga. Longe de conhecermos em suma a contribuição aristotélica, fundamentamos nossas considerações a partir de sua mais conhecida obra em torno da moral, a **Ética a Nicômaco**, na qual Aristóteles desenha o ideal moral para os gregos de seu tempo. Embora a ética aristotélica tenha uma formação acentuadamente social, nela se encontram os traços fundamentais para a vida prática do homem, ou seja, a vida que este produz nas relações sociais.

Todo edifício moral aristotélico gravita sobre a noção de *eudamonia*, ou seja, felicidade. Elemento primordial da pessoa humana é saber dirigir (como para um fim) a sua via em busca da consecução da felicidade. (GUARIGLIA, 1997, p. 65; AUBENQUE, 1976, p. 95-105). De fato, a figura pessoal do homem aristotélico é marcada pela tendência de se dirigir a um fim, e um fim que se converte para um bem. (BITTAR, 2003, p. 1014)<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Conforme expressa Reale, “o bem do homem só poderá consistir na obra que lhe é peculiar, isto é, na obra que ele e só ele pode realizar, assim como, em geral, o bem de cada coisa consiste na obra que é peculiar a cada coisa. A obra do olho é ver, a obra do ouvido é ouvir, e assim por diante. E a obra do homem? a) Esta não pode ser o simples viver, dado que o viver é próprio de todos os seres vegetativos. b) E não pode ser também o

A tendência finalista e a busca do bem se realizam na conquista da felicidade, no estado do homem no qual a natureza humana e suas aspirações essenciais conseguiram uma realização plena, e isso em conformidade com a verdadeira hierarquia dos fins dessa natureza. De fato, para Aristóteles, a felicidade humana consiste no cumprimento perfeito da natureza humana. Ser feliz é a suprema justificação da vida do homem, na linha da atividade específica do humano.

### 2.1.2 O Medievo Cristão

Na Idade Média, o princípio maior que pode designar a pessoa provém de um teólogo chamado Boécio<sup>6</sup>, que, em uma de suas obras que justificava a natureza una de Cristo em duas pessoas, designou este último termo como “*persona propriae dicitur naturae rationalis individua substantia*”, ou seja, “substância individual de natureza racional (*de duabus naturis et una persona Christi*, 3). O mesmo autor

---

sentir, dado que este é comum também aos animais. c) Resta, pois, que a obra peculiar do homem seja a razão e a atividade da alma segundo a razão. O verdadeiro bem do homem consiste nessa obra ou atividade de razão, e, mais precisamente, no perfeito desenvolvimento e atuação dessa atividade. Esta é, pois, a “virtude” do homem e aqui deve ser buscada a felicidade” [REALE (1992), 1994, p. 408-409].

<sup>6</sup> Anício Mânlio Torquato Severino Boécio (c. 480-525) nasceu em Roma, descendente das nobres famílias dos Anícios e dos Torquatos. Estudou por muitos anos as ciências, a literatura e a filosofia gregas, adquirindo assim um profundo conhecimento da cultura clássica, que o capacitaria mais tarde para desempenhar o papel histórico de singular importância que lhe estava reservado: em meio da barbárie dominante, realizar (na medida do possível...) a salvação e transmissão da cultura antiga para os novos ocupantes do Ocidente, instalados onde florescera o Império Romano. De Boécio, por exemplo, procedem dezenas de contribuições para a língua latina (sobretudo devidas a seu trabalho de tradutor) e diversas formulações filosóficas que serão repetidas mil vezes pelos pósteros como de domínio público. É o caso das definições de pessoa (como *substância individual de natureza racional*); de felicidade (como *o estado de perfeição que consiste em possuir todos os bens*); de eternidade (como *a posse total, perfeita e simultânea, de uma vida sem fim*). Cf. Lauand, Luiz Jean. **Boécio e o De Trinitate**. Disponível em [www.usp.br](http://www.usp.br). Acesso em 17 de outubro de 2007.

explica a etimologia da palavra *persona*: vem de *personare* e designa a intensificação do som na concavidade da máscara usada nas comédias e tragédias da Grécia Antiga. A mediação de uma voz mais alta, o mesmo que o vocábulo grego *Prósopon*, máscara, que ocultava a face determinava outra “identidade” para quem a usava. [cf. GILSON (1986), 1995, p. 260].

A concepção que podemos chamar tradicional da pessoa se baseia primariamente em conceitos metafísicos. (cf. FERRATER-MORA, 1994, p. 2550-2554). Tendo em vista a difusão da filosofia e a expansão de seus postulados e contribuições na história do pensamento, há que se dizer que a maior contribuição para a formação e o desenvolvimento do pensamento medieval não foi romana, mas grega. De fato, foi da síntese e da conciliação dos postulados religiosos com os postulados filosóficos gregos que se iniciaram diversas correntes de pensamento no Medievo. Disso são exemplo Aurélio Agostinho (séculos IV e V), na patrística, que perpetrou a fusão do platonismo com o cristianismo, e Santo Tomás de Aquino (século XIII), na escolástica, que, por sua vez, perpetrou a fusão do aristotelismo com o cristianismo.

O pensamento medieval é, em essência, teologizante da natureza, e isto por mistificar todo o real com base na interpretação das Escrituras; Deus está em tudo, Deus conhece a alma humana, Deus tudo pode. Nesse sentido, vasculhando-se, perscrutando-se e pesquisando-se, só se poderiam encontrar veementes e insofismáveis indícios das manifestações divinas extracorpóreas por todas as partes; em tudo há um fragmento da divindade, e o homem encontra-se sob esse jugo, convivendo, conflitivamente, com suas paixões, vícios e imperfeições. A visão do sensível não se cingia a seus aspectos objetivos e evidentes; a interpretação

religiosa dos fenômenos materiais, à luz das orientações dos textos sagrados, é que conferia sentido às experiências humanas (BARRETO, 2006, p. 348-350).

### *2.1.3 A Modernidade e a autonomia do sujeito*

Os autores modernos não eliminaram os elementos metafísicos em que se fundava grande parte da concepção tradicional. Assim, por exemplo, Leibniz diz que “a palavra pessoa traz consigo a idéia de um ser pensante e inteligente, capaz de razão e de reflexão, que pode considerar-se como o mesmo, como a mesma coisa, que pensa em tempos distintos e em lugares diferentes, o que faz unicamente por meio do pensamento que tem das suas próprias ações”. Contudo, muitos autores modernos, agregaram também elementos psicológicos e éticos. Muitos propuseram a distinção entre a noção de indivíduo e a de pessoa. Por um lado, define-se negativamente a unidade do indivíduo: algo, ou alguém, é indivíduo, quando não é outro indivíduo.

De fato, na Modernidade, sobretudo com Kant, o conceito pessoa passa a ser mais referido ao próprio ser do homem, e não mais nas analogias teológicas criadas na Idade Média em busca de fundamentar os dogmas trinitários e cristológicos. A primeira tarefa que os modernos se deram foi a de separar fé de razão, considerando cada uma delas destinada a conhecimentos diferentes e sem qualquer relação entre si. A segunda tarefa foi a de explicar como a alma-consciência, embora diferente dos corpos, pode conhecê-los. Consideraram que a alma pode conhecer os corpos porque os representa intelectualmente por meio das

idéias e estas são imateriais como a própria alma. A terceira tarefa foi a de explicar como a razão e o pensamento podem tornar-se mais fortes do que a vontade e controlá-la para que evite o erro.

Para Kant, a pessoa humana é o centro dos valores morais. Em uma de suas formulações do imperativo categórico, coloca a pessoa como fim absoluto, sem nunca ser considerada meio. A pessoa é um fim em si. Somente a ela se deve respeito. Como se pode ver, para Kant, o homem é pessoa por ser sujeito da moralidade e estar inserido no reino dos fins. O critério fundamental para uma ética da pessoa, conforme Kant, é a consideração do homem como um fim em si mesmo. A pessoa é um “fim em si mesma”, não pode ser substituída por outra. O mundo moral é um mundo de pessoas, sob leis morais estabelecidas. Em alguns casos, os elementos éticos que Kant subtraiu na noção de pessoa se fizeram de novo metafísicos, ou, se se quer, ético-metafísicos. (cf. FERRATER-MORA, 1994, p. 2553-2554).

#### *2.1.4 Pontos contemporâneos*

As concepções contemporâneas da pessoa, difundida sobretudo pelas tendências adscritas à filosofia do espírito e a camada ética material dos valores, destacam a realidade da pessoa um motivo que considera fundamental: a sua transcendência. Se a pessoa não se transcender continuamente a si mesma, cairia sempre dentro dos limites da individualidade psicofísica e, em último ponto, acabaria novamente imersa na realidade impessoal da coisa. Transcender-se a si mesma não

significa forçosamente uma operação de caráter incompreensível e misterioso. Quer dizer, o fato de que a pessoa não se rege, como o indivíduo, pelos limites de sua própria subjetividade. Nas várias filosofias contemporâneas da pessoa, especialmente as que tem retirado os aspectos metafísicos e éticos da personalidade, pode-se advertir uma oscilação entre a insistência na “transcendência” e na “abertura” por um lado, e a insistência na “autenticidade” e o “ser si mesmo” por outro.

Vale a pena destacar duas concepções: a de Max Scheler e de A. Heschell. Para o primeiro, a pessoa não só pode entender o que faz, ou agir de forma autônoma. A pessoa é uma unidade de ser concreta e essencial de atos da essência mais diversa... O ser da pessoa funda todos os atos essencialmente diversos”. Segundo esta concepção, a pessoa não é um ser natural nem tão pouco membro de um “espírito cósmico”. É a unidade dos actos espirituais ou dos actos intencionais superiores. Portanto, para Scheler, a pessoa é, sobretudo, alguém capaz de dar um sentido antes e depois de todas as suas ações ou pensamentos. Em Scheler, pessoa é a unidade de ser concreta e essencial de atos da essência mais diversa, que, em si, antecede a todas as diferenças essenciais de atos. O ser da pessoa ‘fundamenta’ todos os atos essencialmente diversos

Por sua vez, Heschell procura entender a pessoa em integralidade, em uma visão holística, sem parcialidades. Não pode haver, segundo este autor, nenhuma compreensão reduzida sobre o homem: qualquer referência sobre a pessoa humana só pode ser entendida quando toma o homem em sua integralidade. Desse modo, o homem é estudado na sua totalidade, não por esse ou aquele de seus aspectos. As ciências especializadas, malgrado os seus esforços, tendem a limitar a totalidade do indivíduo, considerando-o do ponto de vista de uma função ou

de um impulso particular. O nosso conhecimento do homem resulta fragmentado: muito frequentemente tomamos uma parte pelo todo. É esse erro que nos propomos evitar.

Em suma, diz-se que um ser é uma pessoa quando realiza o grau mínimo de discernimento moral que permite julgá-lo responsável pelos seus atos e efeitos de uma força mecânica ou as reações de um animal puramente instintivo e impulsivo. De igual modo, quando realiza um grau elevado de consciência psicológica e moral e, neste caso, diz-se que ele é mais ou menos uma pessoa, conforme nele a ação refletida (e dirigida no sentido de bem) sobrepuje os impulsos (e a ação dirigida no sentido do mal). Vê-se, aliás, que, mesmo neste último caso, ainda resta ambigüidade: um indivíduo muito consciente, muito refletido, mas sistematicamente amoral, que não considera senão o seu interesse ou prazer individuais, de ainda ser designado totalmente diferente daquele que em que os moralistas recomendam ao homem que faça predominar em si a personalidade sobre a individualidade. (LALANDE, 1996, 813).

Na definição integral de homem, entra, como elemento fundamental, o de ser pessoa. Entretanto, nunca se faz exagerada a consideração da dimensão pessoal do homem, referindo-se, sobretudo, à sua subjetividade. Ou seja, ao afirmar a consciência do homem enquanto pessoa, compreendemos o humano não das mediações políticas, culturais, econômicas, mas da realidade original do homem como sujeito. As mediações têm sentido, mas sempre a partir da presença original e imediata da pessoa. E é unicamente desta compreensão do homem como pessoa que se pode apresentar uma ética.

## 2.2 A pessoa humana e seu “estatuto jurídico” de Dignidade

Tendo em vista tal horizonte, a preocupação central deste capítulo é fazer com que algumas noções sobre a dignidade humana sejam apresentadas, tendo, concomitantemente, um paralelismo com as questões emergentes de nossa dissertação, a lembrar, a possibilidade de uma aceitação legal do aborto de anencéfalos e sua conseqüência diante da elaboração do conceito de dignidade da vida humana. Evidentemente que as posições aqui adotadas preenchem os requisitos fundamentais de justificativa para a resposta que elaboramos, ainda que isso não corresponda a nenhuma “camisa de força” ou leitura ideologizante.

Para as noções fundamentais da dignidade humana, o que mais se precisa ressaltar é a compreensão da dignidade na medida em que cada pessoa seja um sujeito ético individual, um ser que se autodetermina em função da liberdade racional e da vontade relacional responsável. Em outras palavras, a dignidade resgata a visão de ser humano enquanto sujeito de livre responsabilidade pessoal na interação com outros sujeitos. Implica, tais posições, que cada sujeito-ético-livre-responsável reconhece a igualdade dos outros que, com ele, compõem a comunidade humana, ao mesmo tempo que tal reconhecimento aconteça independentemente de questões afetivas ou por gosto em determinadas propriedades.

Por ser um conceito universal, a dignidade humana reconhecida faz reconhecer o sujeito como membro da comunidade humana, individualmente racional e livre, comunitariamente responsável e aberto às relações.

A dignidade humana deve ser vista como algo que pertence a todos aqueles que são considerados membros do gênero humano – e isso significa: *a todos aqueles que têm disposição para ser sujeitos*. O respeito é reconhecimento, não concessão. No entanto, ele permanece sendo precisamente apenas isso, se ele mesmo não decidir sobre a universalidade de sua aplicação (HONNEFELDER, 1998, p. 94, grifo nosso).

A referência ao aspecto *ser sujeito* é fundamental. Ora, conforme a significação mais básica, sujeito é um indivíduo livre e responsável, capaz, em última instância, de explicar o mundo e de lhe dar um sentido. Em palavras mais autorizadas tomando o conceito em sua acepção moderna, compreende-se sujeito como aquele que “*pensa e único a conhecer-se como existente, capaz de querer e fazer a partir de si mesmo, estabelecendo assim uma relação necessária, irreduzível entre a existência e subjectividade do Eu*” (FREITAS, s/d, col. 1338).

A dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, compreendida como qualidade integrante e, em princípio, irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.

Este é o mesmo entendimento que subjaz ao art. 1<sup>o</sup> da Declaração Universal da ONU (1948), segundo o qual “*todos os seres humanos nascem livres e*

iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência. devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade", preceito que, de certa forma, revitalizou e universalizou - após a profunda barbárie na qual mergulhou a humanidade na primeira metade do século passado - as premissas basilares da doutrina kantiana.

Na mesma linha se encontra a Constituição Brasileira. O artigo 1º da Constituição Federal indica como um dos fundamentos do Estado brasileiro a dignidade da pessoa humana, valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, que se inicia com o direito à vida. A dignidade da pessoa humana não pode ter seu sentido reduzido à defesa dos direitos pessoais tradicionais, ou ser invocada apenas para construção da "teoria do núcleo da personalidade" individual, sendo ignorada nos casos de direitos sociais, econômicos e culturais.

Ora, para a compreensão desta realidade múltipla, foi necessário aquilo a que Hannah Arendt chamou, a partir da trágica vivência da experiência nazi, "a banalidade do mal", e a sua ausência de sentido. E se o ser humano se define também pela capacidade de simbolização, tendência para a verdade, busca de sentido, esse sem sentido da banalidade do mal não pode deixar de questionar o que é a dignidade. Também foi, nesse tempo e noutro espaço, as bombas de Hiroshima e de Nagasaki. Nesses corpos humanos aniquilados, foi também o rosto da Humanidade que se desfez, como continua a desfazer-se no nosso tempo, em espaços diversos, que os meios de comunicação social noticiam diante da aparente indiferença de quase todos.

O tema da dignidade humana infelizmente não afasta a grande controvérsia em torno do seu conteúdo, e se é igualmente correto partir do pressuposto de

que a dignidade, acima de tudo, diz com a condição humana do ser humano (e, portanto, diz de perto com as diversas manifestações da personalidade humana), uma conceituação clara do que efetivamente seja essa dignidade, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, se revela no mínimo difícil de ser obtida. Tal dificuldade, consoante exaustiva e corretamente destacado na doutrina, decorre certamente (ao menos também) da circunstância de que se cuida de conceito de contornos vagos e imprecisos caracterizados por sua *ambigüidade e porosidade* assim como por sua natureza necessariamente polissêmica, muito embora tais atributos não possam ser exclusivamente atribuídos à dignidade da pessoa.

No caso da dignidade da pessoa, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade etc.), mas, sim, de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade - como já restou evidenciado - passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade, pelo menos na sua condição jurídico-normativa.

Não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, algo vivenciado concretamente por cada ser humano, já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que é espezinhada e agredida, ainda que não seja possível estabelecer uma pauta exaustiva de violações da dignidade.

Com base no que até agora foi exposto, verifica-se que reduzir a

uma fórmula abstrata e genérica tudo aquilo que constitui o conteúdo da dignidade da pessoa humana, em outras palavras, a definição do seu âmbito de proteção ou de incidência (em se considerando sua condição de norma jurídica), não parece ser possível, o que, por sua vez, não significa que não se possa ou deva buscar uma definição, que, todavia, acabará alcançando pleno sentido e operacionalidade em face do caso concreto.

Com efeito, para além dos aspectos ventilados, a busca de uma definição necessariamente aberta, mas minimamente objetiva impõe-se justamente em face da exigência de um certo grau de segurança e estabilidade jurídica, bem como para evitar que a dignidade continue a justificar o seu contrário. Em verdade, ainda que se pudesse ter o conceito de dignidade como universal, isto é, comum a todas as pessoas em todos os lugares, não haveria como evitar uma disparidade e até mesmo conflituosidade sempre que se tivesse de avaliar se uma determinada conduta é, ou não, ofensiva da dignidade.

A questão da dignidade humana, ainda que em vertentes diferentes, acabou sendo recepcionada, especialmente (mas não exclusivamente, sempre convém seja reprisado) a partir e por meio do pensamento cristão e humanista, uma fundamentação metafísica da dignidade da pessoa humana, que, na sua manifestação jurídica, significa uma última garantia da pessoa humana em relação a uma total disponibilidade por parte do poder estatal e social. Destarte, a pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí poder falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade.

No pensamento estóico, a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade, noção que se encontra, por sua vez, intimamente ligada à noção da liberdade pessoal de cada indivíduo (o homem como ser livre e responsável por seus atos e seu destino), bem como à idéia de que todos os seres humanos, no que diz respeito à sua natureza, são iguais em dignidade.

Cícero segue que este conferiu à dignidade da pessoa humana um sentido mais amplo, fundado na natureza humana e na posição superior ocupada pelo indivíduo no universo, sustentando, entre outros aspectos, que é a natureza que prescreve ao homem a obrigação de levar em conta os interesses de seus semelhantes, pelo simples fato de serem também humanos, razão pela qual todos estão sujeitos às mesmas leis da natureza, que proíbem que uns prejudiquem aos outros

Com Tomás de Aquino, restou afirmada a noção de que a dignidade encontra seu fundamento na circunstância de que o ser humano foi feito à imagem e semelhança de Deus, mas também radica na capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana, de tal sorte que, por força de sua dignidade, o ser humano, sendo livre por natureza, existe em função da sua própria vontade. Tomás de Aquino, o qual chegou a referir expressamente o termo *dignitas humana*, secundado, já em plena Renascença e no limiar da Idade Moderna, sobretudo com Pico de La Mirândola, pensador platônico do século XV, conhecido por sua doutrina da “dignidade humana”.

Em Pico de La Mirândola, a dignidade do homem é apresentada como uma derivação da sabedoria do Oriente, desenvolvendo-se particularmente de uma sentença do Asclépio, obra atribuída a Hermes Trismegisto: “*Magnum miraculum est homo*”. Mas por que o homem é esse grande milagre? A explicação que Pico dá a essa questão tornou-se muito famosa, com toda a justiça. Todas as criaturas são ontologicamente determinadas a serem aquilo que são e não outra coisas em virtude da essência precisa que lhe foi dada. Já o homem, único entre as criaturas, foi colocado no limite entre dois mundos, com uma natureza não predeterminada, mas constituída de tal modo que ele próprio se plasmasse e esculpisse segundo a forma pré-escolhida. Assim, o homem pode se elevar à vida da pura inteligência e ser como os anjos, podendo inclusive elevar-se ainda mais acima. Desse modo, a grandeza e o milagre do homem estão no fato de ele ser artífice de si mesmo, autoconstrutor<sup>7</sup>.

No âmbito do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, a concepção da dignidade da pessoa humana, assim como a idéia do direito

---

<sup>7</sup> A doutrina de Mirândola relembra a tragédia grega de Sófocles, **Antígona**. Antígona, opondo-se ao direito do tirano, invoca o direito imutável, não-escrito, de origem desconhecida, hierarquicamente superior ao direito histórico. Tudo porque acima das leis e do poder está a dignidade humana. Na Grécia antiga, em 442 a.C., Sófocles, em clássica obra da dramaturgia, faz Antígona desafiar o rei, Creonte, seu tio, que a condenou por ter dado sepultura a Polinices, apesar de haver proibição real, para tal conduta, prevendo pena de morte, para quem a desobedecesse. Antes de sentenciá-la, sem atender às súplicas de todos, inclusive do filho, noivo de Antígona, Creonte perguntou-lhe: “Conhecias o meu decreto e assim mesmo ousaste violar a lei?” Antígona respondeu à altura, em passagem que se tomou clássica: “Não foram os deuses que promulgaram essa monstruosa lei, e a justiça, que é dos deuses, não prescreve proibição igual a que decretastes. Penso que as leis dos mortais, como são teus decretos, não têm força suficiente para prevalecer sobre as leis supremas, não-escritas, que ninguém, mesmo sendo rei, pode modificar. Essas leis não são de hoje, nem de ontem, mas eternas... Assim, se a minha conduta te parece insana, és um louco maior me acusando de loucura”. E Antígona, condenada, foi enterrada viva, na tragédia de Sófocles, por ter desrepeitado o decreto real, observando a lei natural, que obrigava dar sepultura aos mortos. Enquanto a sentença fatal está sendo proferida, o coro canta: “Muitas são as maravilhas, mas a maior de todas é o homem” (SÓFOCLES, *Antígona*).

natural em si, passou por um processo de racionalização e secularização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade. Por ela remanesce, indubitavelmente, a constatação de que uma ordem constitucional que consagra a idéia da dignidade da pessoa humana, tomada como fundamental pressuposto da dignidade tornar cada homem titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado. Mas, será com Immanuel Kant a grande elaboração sobre a dignidade humana, exposta nos elementos de sua moral racional. Para Kant, o valor moral é algo que pertence ao homem. A pessoa humana é o centro dos valores morais.

Immanuel Kant, cuja concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, considerando esta (a autonomia) como fundamento da dignidade do homem, além de sustentar que o ser humano (o indivíduo) não pode ser tratado - nem por ele próprio - como objeto. É com Kant que, de certo modo, se completa o processo de secularização da dignidade, que, de vez por todas, abandonou suas vestes sacrais.

O ser humano é considerado como fim em si mesmo por ser dotado de racionalidade, vontade, autonomia, ou seja, é livre. Os seres racionais se auto-impõem leis livremente, de forma autônoma, constituindo-se assim em legisladores de si mesmo. “A autonomia é pois o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional” (KANT, 1974, B A 80, p. 58). A dignidade apresenta-se aqui como algo que é intrínseco, próprio da humanidade, como uma dádiva de sua natureza racional.

Por ser sujeito da razão prática é que ele tem moralidade, age de maneira livre e autônoma, tornando-se autolegislator. Os seres humanos são agentes racionais e desse modo livres para tomar decisões e estabelecer metas. Tem valor absoluto porque é capaz de agir sob o ditame da razão prática. A fonte da moralidade é a razão e, por isso, a moral ou é autônoma ou não é moral. A esta idéia de autonomia se prende a idéia de dignidade da pessoa. É a autonomia a raiz da dignidade. Disso decorre que o ser humano nunca pode ser utilizado ou manipulado numa cadeia casual de hierarquia entre meios e fins, sob pena de seus princípios morais não servirem como leis universais.

A relação de toda a ação com a legislação no reino dos fins constitui a moralidade. Só na moralidade o ser humano é um fim em si mesmo, aparecendo como legislador no reino dos fins. Dessa legislação que brota de sua própria vontade surge o princípio de nunca praticar uma ação senão em acordo com uma máxima que se saiba poder ser uma lei universal, quer dizer só de tal maneira que a vontade pela sua máxima se possa considerar a si mesma ao mesmo tempo como legisladora universal, conforme Kant afirmava. Por não ser as máximas do ser humano concordes com esse princípio objetivo enquanto legisladores universais, a junção entre o particular e o universal se faz pela obrigação prática, ou seja, pelo dever.

“Usar as pessoas” como meios geralmente envolve a violação de sua autonomia. Naturalmente tudo aquilo sobre o que se exerça dado tipo de poder, manipulação, fraudes, etc; pelo qual tais coisas, possam se tornar simplesmente meios, retiram das pessoas a capacidade de decidirem a vida por elas mesmas (RACHELS, 2006, p. 4). Somente o ser humano, e também qualquer ente racional, consiste em um fim em si mesmo, sendo assim, o sujeito da lei moral.

Um indivíduo autônomo age livremente de acordo com um plano próprio. Não se deixa controlar, manipular por outros. É capaz de deliberar ou agir com base em sua própria racionalidade e não por aquilo que os outros dizem ou pensam ser o melhor para ele. A sua consciência recebe a determinação não de algo exterior, de interesses empíricos. Por ser ela a autora de seus princípios recebe a determinação da própria razão pura prática, considerada em si mesma como livre. Se quisermos pensar um ser racional e dotado de uma vontade e com consciência da sua causalidade em relação aos efeitos das ações temos de atribuir-lhe essa propriedade de sempre pensar e agir sob a idéia de liberdade.

Somente sob a idéia de liberdade um ser racional pode ter vontade própria. A vontade é colocada como uma espécie de causalidade, uma relação de causa e efeito no qual o resultado seria a liberdade – sua propriedade. A vontade somente pode ser eficiente e agir de maneira incondicionada por intermédio da liberdade. A liberdade é o oposto da necessidade natural (heteronomia), que significa ausência de qualquer determinação (condicionante). Embora a liberdade não seja uma propriedade da vontade submetida às leis da natureza, ela não está isenta de lei, de uma lei moral decorrente da própria razão. Uma lei puramente formal, a priori, necessária, universal, independentemente de qualquer meio circunstancial e com validade objetiva. A liberdade da vontade não poder ser outra coisa senão autonomia, pois a vontade livre e autônoma é aquela que se submete às leis morais.

O ser humano como ser moral é um ser livre nas suas decisões. Se assim não fosse, não haveria moral, mas apenas submissão. Se assim fosse estaríamos negando o pressuposto fundamental da experiência ética: o pressuposto da liberdade. Não se trata de um autoritarismo, de uma coação estranha ao sujeito.

Toda ação moral deriva do próprio sujeito que se impõe a necessidade de cumprimento das normas e neste sentido é totalmente responsável por seus atos. A liberdade consiste em agir de acordo com a lei que fixamos para nós próprios. Portanto, “Razão prática, liberdade, vontade pura são termos que se equivalem e se substituem sem deixar resto” (SALGADO, 1986, p.206). São os conceitos de razão prática e liberdade os sustentáculos da ética kantiana.

A partir do exposto, percebe-se que a concepção kantiana, ao menos se interpretada restritivamente, acaba por remeter à pergunta (que, de resto, ainda não obteve resposta consensual) sobre o início e o fim da dignidade da pessoa, além de toda uma gama de outros questionamentos que aqui não temos condições nem temos a intenção de desenvolver e que tanta relevância têm assumido no âmbito da biotecnologia e do assim designado *biodireito*, notadamente no que diz respeito à proteção jurídica do embrião (e do patrimônio genético da pessoa em geral) em face de toda a sorte de manipulações, assim como nas questões vinculadas à dignidade no final da vida, especialmente naquilo que envolve a discussão em torno da viabilidade e dos limites da eutanásia. De qualquer modo, incensurável é a permanência da concepção kantiana no sentido de que a dignidade da pessoa humana, esta (pessoa) considerada como fim e não como meio, repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano (SARLET, 2006, p. 216).

Construindo sua concepção a partir da natureza racional do ser humano, Kant assinala que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana. Com base nessa premissa, Kant sustenta que o homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade.

Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim ... Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Em outras palavras, entende-se por dignidade humana o “princípio moral que enuncia que a pessoa humana não deve nunca ser tratada como meio, mas como fim em si mesma” (LALANDE, 1996, 259).<sup>8</sup>

A doutrina utilitarista justificou restrições aos direitos fundamentais da pessoa em função dos valores de natureza permanente da comunidade ou da humanidade em seu todo (a partir da máxima de que o sacrifício eventual da felicidade de um ou de alguns justifica a maior felicidade da maioria), de tal sorte que para o utilitarismo acabou servindo até mesmo para justificar, por exemplo, práticas como a da escravidão e o extermínio dos povos indígenas.

---

<sup>8</sup> Em sua obra **Filosofia do Direito**, Hegel faz presente a concepção de que a dignidade é (também) o resultado de um reconhecimento, noção esta consubstanciada - não só, mas especialmente - na máxima de que cada um deve ser pessoa e respeitar os outros como pessoa. Tal reconhecimento, ainda que experimentado em um contexto concreto e determinado, não se mostra inconciliável com a noção de que o ser humano é como tal reconhecido independentemente das suas relações sociais, já que a capacidade jurídica (a competência de ser sujeito de direitos) é igual em e para todas as pessoas. Em resumo, o termo Dignidade Humana é o reconhecimento de um valor. É um princípio moral baseado na finalidade do ser humano e não na sua utilização como um meio. Isso quer dizer que a Dignidade Humana estaria baseada na própria natureza da espécie humana a qual inclui, normalmente, manifestações de racionalidade, de liberdade e de finalidade em si, que fazem do ser humano um ente em permanente desenvolvimento na procura da realização de si próprio. Esse projeto de auto-realização exige, da parte de outros, reconhecimento, respeito, liberdade de ação e não instrumentalização da pessoa. Essa auto-realização pessoal, que seria o objeto e a razão da dignidade, só é possível através da solidariedade ontológica com todos os membros da nossa espécie. Tudo o que somos é devido a outros que se debruçaram sobre nós e nos transmitiram uma língua, uma cultura, uma série de tradições e princípios. Uma vez que fomos constituídos por esta solidariedade ontológica da raça humana e estamos inevitavelmente mergulhados nela, realizamo-nos a nós próprios através da relação e ajuda ao outro. Não respeitáramos a dignidade dos outros se não a respeitássemos no outro. (SARLET, 2006, p. 216).

Na perspectiva utilitarista uma boa ação é a que produz bons resultados. Ao se decidir o que fazer é preciso considerar as alternativas disponíveis e perguntar qual teria sido a escolha com as melhores conseqüências. John Stuart Mill sustenta que as ações são justas na medida em que tendem a promover a felicidade. Se o resultado de uma ação for favorável ao maior número de afetados, então a ação será moralmente correta e moralmente incorreta se os resultados produzirem o reverso da felicidade.

De acordo com esta teoria, se uma ação maximiza a felicidade, não importa se a felicidade é distribuída de maneira igual ou desigual. Segundo a opinião utilitarista, o fim dos atos humanos, é também o critério de moralidade. As propriedades morais de uma ação são determinadas pelas suas conseqüências na felicidade das pessoas ou na satisfação das suas preferências. O critério da moralidade, o único fim último da ação e que a ação moral tem de procurar maximizar, consiste no bem-estar, no prazer, na felicidade de todos. Uma ação é útil e, portanto, justa, ética e correta, quando traz mais felicidade do que sofrimento aos atingidos. Foi a doutrina utilitária que justificou restrições aos direitos fundamentais da pessoa em função dos valores de natureza permanente da comunidade ou da humanidade em seu todo.

Após traçada essa sumária evolução no âmbito da construção de uma concepção filosófica e secularizada de dignidade, que encontrou em Kant o seu mais aclamado (mas não único) expoente, importa lembrar a existência de diversos autores de renome que, em princípio, refutaram qualquer tentativa de fundamentação religiosa ou metafísica da dignidade da pessoa humana. Apesar dessas e outras concepções, algumas das quais chegaram ao ponto de refutar a própria noção de dignidade da pessoa humana, bem como apesar das desastrosas

experiências pelas quais tem passado a humanidade, de modo especial no decorrer do assim intitulado “breve século XX” (Hobsbawn), o fato é que a dignidade da pessoa humana continua, talvez mais do que nunca, a ocupar um lugar central no pensamento filosófico, político e jurídico, do que dá conta a sua já referida qualificação como valor fundamental da ordem jurídica, para expressivo número de ordens constitucionais, pelo menos para as que nutrem a pretensão de constituírem um Estado democrático de Direito.

O conjunto de condições favoráveis beneficia a construção e desenvolvimento da dignidade humana. Concomitante à consideração sobre o conceito pessoa, a abordagem acerca da dignidade se faz como um dos seus desdobramentos mais inquietantes, sobretudo no nível ético e jurídico. Em relação à dignidade da pessoa se conjugam valores como liberdade, integridade pessoal, vida e morte, condições dignas de sobrevivência e fim de vida. Todos estes elementos se conjugam diante da dignidade humana, e a observação dos mesmos referencia a tomada de posição acerca da anencefalia e de sua tipicidade criminal ou não. Entendendo por qual contexto envolver a dignidade, entende-se plenamente a justificativa de considerar, atentamente, que o problema em relação aos anencefálicos é algo de primeira exigência, de consideração interdisciplinar.

O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. Mas, certo é que uma vida sem condições de ser exercida, que não tenha espaço nem condições adequadas para se desenvolver, determinada de modo pleno intrauterinamente, é fato atípico de consideração, seja da ética, seja do Direito, cabendo o elemento do mínimo mal possível a ser analisado.

## CAPÍTULO III

### O BIODIREITO E O ESTATUTO DO EMBRIÃO

Entende-se por bioética o diálogo entre os diversos campos do saber, principalmente a filosofia e a ética, no sentido de encontrarem-se soluções para os problemas persistentes da sociedade, quais sejam: pobreza, desigualdade social, lentidão da justiça, etc” e “dessa forma, foi necessário realizar um redimensionamento principiológico, para a efetivação do que é inerente não só à vida humana, mas a todo o ecossistema e à biosfera e, este redimensionamento acontece através da bioética”.

Observa-se, pois, que a bioética veio não como um modismo filosófico passageiro, mas sim para ficar em definitivo incorporada às decisões de todos os profissionais que se relacionam com os seres humanos e a vida do próprio planeta.

Segundo Pessini e Barchifontaine (1994, p. 14), para se entender devidamente o que é bioética deve-se conjecturar:

Bio exige que levemos seriamente em conta as disciplinas e as implicações do conhecimento científico, de modo que possamos entender as questões, perceber o que está em jogo e aprender a avaliar possíveis conseqüências das descobertas e suas aplicações... A ética, por sua vez, é uma tentativa para se determinar os valores fundamentais pelos quais vivemos. Quando vista num contexto social, é uma tentativa de avaliar as ações pessoais e as ações dos outros de acordo com uma determinada metodologia ou certos valores básicos.

Assim, para os autores, a bioética deve priorizar a proteção do ser humano, não as corporações biomédicas e a ciência deve existir como esperança e, não como uma ameaça à vida. Diante dessa afirmativa Kottow (1995, p.53) define bioética como sendo “o conjunto de conceitos, argumentos e normas que valorizam e justificam eticamente os atos humanos que podem ter efeitos irreversíveis sobre os fenômenos vitais”.

A bioética seria então uma ética aplicada, chamada também de “ética prática”, que visa dar conta dos conflitos e controvérsias morais implicados pelas práticas no âmbito das ciências da vida e da saúde. Assim, segundo SCHRAMM, (2002, p. 14-21), pode-se dizer que a bioética tem uma tríplice função, reconhecida acadêmica e socialmente:

- a) “descritiva, consistente em descrever e analisar os conflitos em pauta”;
- b) “normativa com relação a tais conflitos, no duplo sentido de proscreever os comportamentos que podem ser considerados reprováveis e de prescrever aqueles considerados corretos”;
- c) “protetora, no sentido, bastante intuitivo, de amparar na medida do possível todos os envolvidos em alguma disputa de interesses e valores, priorizando, quando isso for necessário, os mais fracos”.

Vale ressaltar que “é necessário atentar à maldade no mundo e tomar a dor – não o entendimento – como critério de igualdade, entre seres vivos, para que pareça razoável e honesto conceder que causar sofrimento a animais não-humanos é tão dolorido, ruim e cruel quanto machucar seres humanos”.

De fato, por mais útil que a bioética possa ser ao longo da vida (por exemplo, no âmbito da doação e do transplante de órgãos), imprescindível ela é no início e fim da existência e a seu perfil bifronte a disciplina deve um sem-número de

termos e conceitos que, de noite para o dia, fazem dela um patrimônio da humanidade e o ícone religioso da espécie.

De acordo com Bellino (1997, p.198), “o princípio da autonomia estabelece o respeito à obrigatoriedade do consenso livre e informado, para evitar que o enfermo se torne um objeto”. Assim, sabe-se que a evolução científica deu passos largos nas últimas décadas como jamais se pode imaginar. Novas descobertas nos trazem à razão do homem versus ciência e nos levam as constantes reflexões. Devido a esses novos pensares preocupando-se com o futuro da espécie humana, de todos os seres vivos e do meio ambiente que se fez mister a contribuição da bioética.

A bioética é um dos novos saberes da contemporaneidade que mais tem evoluído. A sua história é extremamente recente, tendo tido início formal e institucional em 1970. Não obstante, qualquer que seja o nosso horizonte de reflexão, retomando a história ou recuando à pré-história da bioética é evidente o curto espaço de tempo que medeia entre a total inexistência do que hoje entendemos por bioética e a sua extraordinária divulgação. Em suma, a bioética pode ser definida de várias formas, isto é, de acordo com as tradições, autores, contextos e, talvez, os próprios objetos que estão em julgamento.

Em todo o mundo a bioética tem conquistado espaço, visto o aparecimento de sociedades internacionais e comitês, além da ampla publicação de livros no assunto. Surgiu em 1970 por Van Rensselaer Potter que publicou uma obra a respeito de bioética, com a intenção de desenvolver uma ética das relações dos seres humanos entre si e dos seres humanos com o ecossistema. Seu projeto foi o compromisso com a preservação da vida no planeta.

A maior parte dos autores atuais defende a bioética como caráter global, sendo que muitos outros autores procuravam restringi-la aos meios científicos. Esse foi o ponto de partida para a construção da bioética que se conhece hoje. Bioética não significa uma nova ciência, pois não possui um regulamento sobre a teoria do conhecimento próprio, mas é em vista disso que se utilizam as bases conceituais da filosofia.

Ainda que, em sua grande parte, utilize conceitos filosóficos, a bioética não pode ser reduzida a um ramo da filosofia; sua preocupação é, portanto, de ordem particular. Por possuir uma preocupação de ordem particular, ela não se confunde com a ética e nem com a moral. Ora, o objeto destas últimas é logicamente dedutivo compreendendo o bem, a priori, de forma abstrata, ao passo que a bioética compreende o bem a partir de uma autonomia determinada. Pode-se afirmar que na verdade trata-se de um conhecimento complexo, de características inter e multidisciplinares. Seus conceitos flexíveis, de ordem epistemologicamente transdisciplinar, são o motivo de sua vulnerabilidade, contudo, ainda assim, vale dizer que a bioética não é serva de nenhuma outra ciência.

Desde o seu descobrimento, há mais de três décadas, houve mudanças em sua designação sendo dirigido às ciências da vida, da saúde e do meio ambiente. Mas, a bioética estabelece anexação crítica de novos conhecimentos, interdisciplinaridade, pluralismo, humildade e responsabilidade, potencializando o senso de humanidade. Os aspectos religiosos ou espirituais devem estar sempre inclusos em uma meditação bioética, sempre preservando o pluralismo da discussão e não assumindo uma posição sectária.

A bioética, hoje em dia, luta com a mais difícil conquista, a de si própria, da sua natureza e finalidade. Já Neves (2001, p. 30) afirma que:

A continuação do sucesso da bioética dependerá da fidelidade à sua intencionalidade originária no protagonizar do espírito humanista, num contexto particularmente desumanizante como pode ser o científico-tecnológico ou o econômico-financeiro, e no corroborar a natureza ética da sua reflexão. A bioética é uma nova abordagem que procura tomar decisões à luz dos valores éticos para uma gestão responsável da pessoa humana, da sua vida e da sua morte no mundo em que os progressos técnicos permitem uma intervenção cada vez maior no biológico. Assim, a bioética surge como uma nova expressão do Humanismo, isto é, como uma nova modalidade de valorização e proteção do humano. Simultaneamente estuda também os problemas que esse progresso suscita quer ao nível micro-social quer ao nível da sociedade global e as repercussões que esse progresso tem sobre a sociedade e seu sistema de valores. É, pois, uma troca de saberes que encarando a vida numa perspectiva ética questiona o sentido do progresso quando confrontado com a dignidade da pessoa.

Assim, na realidade o progresso dos conhecimentos científicos é um bem e representa uma resposta do homem ao apelo que lhe está inerente de ser co-criador do mundo. Portanto, “conhecer, investigar, interrogar-se sobre a origem das coisas e de si próprio faz parte do exercício da liberdade que integra a essência da humanidade” (BISCAIA, 2003, p.9-15).

Sem duvida, a bioética poderá ser no futuro a verdadeira ciência da preservação da identidade do homem e da sobrevivência da vida e dessa forma, não podemos prescindir da bioética sob o risco de fraquejar frente aos novos poderes e de nos demitirmos do nosso destino. É bem certo que o desenvolvimento científico-tecnológico pode, uma vez mal-direcionado, provocar a destruição do próprio homem e para que isso não aconteça, ele deverá manter-se a serviço da vida humana considerada não unicamente como vida biológica, mas como vida de relação/pessoa.

A bioética foi a maior revolução na ética profissional. A ética tradicional não conseguia acompanhar os avanços da biotecnologia e a bioética pode ser comparada a uma linguagem universal, que procura a decisão mais adequada para se amparar. A bioética veio para resgatar a tradição do médico em se preocupar com a vida. Ou seja, a partir do momento que o médico deixou de ser o centro das decisões e passou a escutar o paciente, precisou reformular suas ações para respeitar a autonomia da pessoa (URBAN, 2003, p. 15)

Já Pessini e Barchifontaine (1994, p.67) frisam que “a bioética tem como referência central o ser humano, desde o nascimento até a morte” e que “aliás, é sobre essas duas fases da vida que hoje a ciência está fazendo seus melhores progressos e, obviamente, colocando problemas éticos antes nunca postos”.

No íntimo da vida ética privilegia-se a razão como a virtude que deve prevalecer na avaliação e nas decisões éticas, mesmo que a conduta tenha outros elementos de vontade e afetividade inerentes à condição humana. Qualquer decisão moral é sempre tomada tendo como pano de fundo a comunidade humana e o discernimento é inseparável da intimidade e da intersubjetividade.

Diante disso julga-se não apenas as ações grandiosas ou mesquinhas, mas antes delas, embora, como valores, só sejam vivenciadas e julgadas na experiência e está evidente a ambigüidade que se faz com qualquer decisão que envolva riscos, que são apenas a consequência de sabermos um pouco de tudo. E, continua o mesmo autor, a ausência de objetividade baseada em fatos nos impede de esperar que a ética seja a ciência de justa escolha. Ela seria mais um discernimento do tipo que se chama de prudência. Por esses fatos que se caracterizou o “moralismo”, significando a exigência de obediência à moral formalmente imposta, institucional, sem considerar a exigência de livre adesão das consciências”.

De acordo com Vargas (2005, p.19) “a ética de um indivíduo, grupo, organização ou comunidade seria a manifestação visível, através de comportamentos, hábitos, práticas e costumes, de um conjunto de princípios, normas, pressupostos e valores que regem a sua relação com o mundo”. Há uma distinção muito clara entre moral e ética, apesar de ambas estarem ligadas aos valores humanos. Moral se refere aos valores, que, pelos costumes de uma determinada sociedade elege valores que todo cidadão deve respeitar.

Segundo Mezomo “a ética é um pressuposto básico e mandatário para o sucesso na implementação de um programa de humanização da assistência hospitalar”. Aliás, “é requisito para a convivência humana em qualquer esfera da vida. Humanizar é assegurar e garantir o respeito à ética nas relações interpessoais, além de outras abrangências”. Nas palavras de Mezomo, a busca da humanização nos hospitais: - Deve partir de princípios éticos; - Deve se basear em fundamentos sólidos; - Deve ser tornar um edifício consistente que se mantém através do tempo; - Deve considerar a essência da natureza humana. (MEZOMO, 2001, p. 39-41).

Segundo Martin (2003, p.250):

A motivação para a humanização do hospital pode ser ética, baseada em argumentos sobre valores, normas, direitos e deveres. Estas motivações podem se complementar, como podem gerar atrito entre si. Nossa intenção aqui é focalizar a dimensão ética da busca da humanização hospitalar e mostrar sua importância no processo. Nossa convicção é que a ética, com sua preocupação com valores e normas para orientar nosso comportamento, com direitos e deveres, é uma dimensão fundamental da busca da humanização hospitalar.

A estrutura de serviços e apoio utilizados por pacientes e familiares em busca de tratamento médico, proporciona ao hospital a possibilidade de agregar novos serviços ao seu funcionamento, no seu ambiente interno como lazer e

entretenimento, hospedagem e alimentação altamente qualificada, eventos, espaços culturais entre outros serviços.

Fatores condicionantes como caucionamento, cirurgias, óbito, pagamentos complementares entre outras surpresas desagradáveis podem ser minimizados. Entender o estado emocional de pacientes e familiares, mostrar transparência e competência administrativa, médica e de enfermagem, especialmente, na hora da verdade, criar uma consciência coletiva de que toda a estrutura hospitalar existe para tender o paciente e seus familiares e sempre que possível, fazer concessões como internações de véspera, valorizando todo o hospital, mediante o enfoque correto no paciente.

Vale ressaltar a comum relação entre a ética e a moral. Pode-se dizer que se trata de um problema ocorrido da palavra grega “ethos”, costume, que derivou a palavra “ética”; e derivado do latim “mores”, costumes, a palavra “moral”. Contudo, por ocorrências históricas, principalmente pelo predomínio político romano da época, imperou a forma latina e depois, mais tarde, a Igreja Católica, institucionalizando o cristianismo e estabelecendo sua sede em Roma, criou também o que denominou “moral cristã”, abrindo caminho para que a partir daí muitos grupos humanos proclamassem “a sua moral” respectiva. Pode-se entender então que ética seja uma reflexão sobre o comportamento que os seres humanos têm quando a conduta foge dos valores éticos e morais. Não obstante seja certo que a ética conduz o ser humano a refletir sobre seus atos e chegar à conclusão que o melhor é a prática de ações justas.

### 3.1 A bioética e a questão do sofrimento

Sobre o processo de desenvolvimento humano, de um modo geral e bastante sucinto é possível dizer que o bebê nasce e no início de sua vida mantém vínculos importantes com sua família nuclear. Tais vínculos, assim como seu conhecimento, pouco a pouco vão se ampliando. A criança freqüenta a escola, cresce e chega à adolescência. As experiências pessoais continuam a se ampliar e inicia-se a vida adulta. Nesta etapa a pessoa realiza alguns projetos como o trabalho, o casamento, filhos, chegando ao processo de envelhecimento. Cada indivíduo tem uma idéia de si próprio, com valores pessoais, planos etc., e sofrerá intervenções do meio ambiente, da cultura em que vive. A pessoa ao crescer tem muitos ganhos, aprendizagens e conquistas nas relações, porém, são inevitáveis as perdas, os sofrimentos, as ansiedades e as angústias.

A ansiedade e a angústia são estados afetivos encontrados em todos os seres humanos, relacionados ao seu desenvolvimento, à maneira de enfrentar conflitos e poder crescer. Estes termos, ansiedade e angústia, foram estudados e definidos por inúmeros autores, não tendo este trabalho a pretensão de classificá-los. Alguns autores usam tais termos como sinônimos, enquanto outros os utilizam com significados diferentes. Uma observação pertinente é que ansiedade, angústia e medo estarão ligados num contínuo: como estado afetivo penoso associado a uma atitude de expectativa de um acontecimento imprevisto, a ansiedade é vivenciada como desagradável, a angústia como sensação de extremo desconforto acompanhada de manifestações somáticas (neurovegetativas e/ou viscerais) e o medo sendo relacionado a um objeto, uma situação precisa, quer devido à experiência, quer à educação.

Para todos os indivíduos a vida tem certo valor, o qual pode ser positivo ou negativo. Este valor que o indivíduo dá à própria vida está relacionado à maneira pela qual ele irá conduzi-la, podendo até mesmo prejudicá-la. Sobre a teoria de Fromm, tais tendências são as maneiras como cada indivíduo se comporta, de modo a se posicionar diante de sua vida e dos acontecimentos ao longo desta. Isto é, o homem apresenta atitudes e comportamentos que podem vir a valorizar ou desvalorizar sua vida, sendo respectivamente relacionados à tendência biófila e à tendência necrófila. Deve-se considerar, como o nome diz, que são tendências, havendo nuances; em alguns momentos pode existir a predominância de uma delas, mas permanece a idéia de serem traços constituintes do indivíduo. Em resumo, o objetivo do instinto de vida é a união, a preservação e o objetivo do instinto de morte é desfazer conexões, destruir, visando atingir a satisfação de necessidade.

### **3.2 O fundamental direito à vida**

O direito à vida está inserido entre os direitos de personalidade de ordem física, ocupando posição de máxima importância como bem maior no âmbito jurídico, pois, ao seu redor e como consequência de sua existência, todos os demais bens gravitam. Assim, trata-se de um direito que apresenta todas as características dos direitos de personalidade, devendo-se ressaltar o aspecto da indisponibilidade, uma vez que se caracteriza, nessa esfera, um direito à vida e não um direito sobre a vida.

Aqui, a importância do Estado como garante dos direitos desta dignidade. O Estado não pode deixar de se definir, justamente, diante da questão da dignidade humana e de seus pressupostos. Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade.

Há uma intrínseca ligação entre as noções de liberdade e dignidade, já que a liberdade e, por conseguinte, também o reconhecimento e a garantia de direitos de liberdade (e dos direitos fundamentais de um modo geral) constituem uma das principais (mas não a única) exigências da dignidade da pessoa humana.

Constitui-se também um direito de caráter negativo, impondo-se pelo respeito e observância que a todos os membros da coletividade se exige. E, em virtude disso, tem-se presente a ineficácia de qualquer declaração de vontade do titular que implique negação a esse direito, visto que não se pode tirar a vida humana, por si ou por outrem, mesmo sob consentimento, devido ao caráter supremo do bem da vida, consagrado pela nossa ordem jurídica.

A relevância desse bem, no campo jurídico, está evidenciada desde o tratamento que recebe em Constituições que, como a brasileira, têm proclamado como imperativo essencial da convivência social a proteção à vida, inserindo-o

dentre os direitos constitucionais fundamentais. No plano ordinário, o direito à vida encontra-se submetido à disciplina explícita no âmbito penal, da Parte Especial do Código Penal Brasileiro.

Ao buscar uma definição para o que é a vida, Antonio Chaves (1994, p.13) tenta exteriorizar, poeticamente, uma explicação para o significado das várias formas de vida existentes no planeta Terra. Eis o que afirma:

Quem poderá definir essa pulsação misteriosa, própria dos organismos animais e vegetais, que sopita inadvertida nas sementes de trigo encontradas nos sarcófagos de faraós egípcios e que germina milagrosamente depois de dois milênios de escuridão, que se oculta na gema de uma roseira que mãos habilidosas transplantam de um para outro caule, que lateja, irrompe e transborda na inflorescência de milhões de espermatozoides que iniciam sua corrida frenética à procura de um único óvulo, a cada momento amoroso?

De acordo com Rita Leite (2000), o direito à vida terá proteção estatal a partir do início da vida humana, e esta, por sua vez, tem início com a fecundação. Nesse mesmo sentido, Chaves (1972) esclarece que quando os 23 cromossomos masculinos do espermatozoide se encontram com os 23 do óvulo da mulher, definem todos os caracteres genéticos do ser humano e, portanto, qualquer método artificial para destruí-lo põe fim à vida. Em seguida, acrescenta o referido autor que não há razão para dúvida, quanto ao início da vida, visto que o que assinala o início legal desta é a penetração do espermatozoide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher, uma vez que o Código Civil põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Sobre o início da vida, a partir da concepção relata Delton Croce (1994, p. 403):

Assim, os numerosos espermatozóides que circundam açodadamente o óvulo, no terço médio da trompa de Falópio, em geral, apenas um atravessa a zona pelúcida – membrana que recobre o óvulo – e, depois da fecundação, espessa-se impedindo a entrada de novos gametas masculinos. Parte da cauda do espermatozóide fecundante permanece fora e a porção restante, dentro da película, deixa paulatinamente de vibrar até, finalmente, desaparecer. A cabeça do gameta ativo funda-se em hemi-rotação ao passivo, iniciando a fecundação, origem de um novo ser.

Carlos Bittar (2000) salienta que o direito à vida se manifesta desde a concepção, sob condição do nascimento do ser com vida, permanecendo integrado à pessoa até a morte. Inicia-se como direito ligado à pessoa quando o nascituro, que também dispõe desse direito, ao ser liberado do ventre materno, passa a respirar autonomamente por meio do acionamento de um mecanismo respiratório próprio. E essa função fisiológica somente cessará com a morte da pessoa, que será comprovada por meio de critérios definidos pela ciência médico-legal e por aparatos que a técnica põe à disposição do setor, mas caracterizada, de fato, com a exalação do último suspiro (morte natural; admitindo-se, no entanto, no plano jurídico protetivo da ausência: Código Civil, art. 22 e seg.). Para Bittar, o direito à vida é extensivo a qualquer ser trazido a lume pela espécie humana, independentemente do modo de nascimento, de condição do ser e de seu estado físico ou psíquico.

Neste contexto, parece que Carlos Bittar entende que apesar da lei por a salvo desde a concepção os direitos do nascituro, a personalidade civil do ser humano e, por conseguinte, o direito à vida, que dela decorre, somente têm início com o nascimento com vida. Assim, os direitos do nascituro são tutelados, mas a personalidade surge com o nascimento com vida. De modo que, se ao nascituro não se concede a personalidade, não se admite o reconhecimento de direito à vida, ou

um direito condicionado a um acontecimento futuro e incerto, pois pode ou não nascer com vida.

Todavia, diante das considerações apresentadas é possível compreender que o direito à vida começa a ser protegido pelo Estado desde a concepção, pois não resta dúvida de que desde a fecundação já existe um novo ser, com vida autônoma e que, como tal, necessita de amparo legal. As constituições modernas têm assegurado expressamente a inviolabilidade da vida, tendo como texto da Constituição brasileira vigente inserido, entre os princípios fundamentais de sua estrutura (art. 1º) e como base da sociedade brasileira, a dignidade da pessoa humana, reafirmando, adiante, a intangibilidade da vida (art. 5º, caput).

Para José Afonso Silva, a vida humana, que é o objeto do direito assegurado pela Constituição Federal de 1988, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imaterias (espirituais). Para esse autor, a vida:

(...) constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo de seu conceito envolvem o direito à dignidade da pessoa humana (...), o direito à privacidade (...), o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência. (1997, p.182)

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a

dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.

### **3.3 O estatuto ontológico do embrião e suas dificuldades**

É no contexto dos debates acerca do estatuto do embrião que a expressão pessoa potencial é utilizada. Ela constitui uma das respostas possíveis à questão “o que é um embrião?” A noção de pessoa potencial é sedutora. Por um lado, utilizando a expressão de Paul Ricoeur, permite escapar ao caráter dicotômico das considerações ético-ontológicas. Efetivamente, o conceito de pessoa potencial implica que o embrião não é pessoa nem coisa: não pode ser pura e simplesmente assimilado a uma pessoa nem reduzido a um agregado de células. Por outro lado, ao manifestar as dimensões biológica e social do desenvolvimento, escapa a outra dicotomia, a do biológico e do social. A personalidade não é, pois, nem um fato biológico, a pertença à espécie humana, nem uma pura construção social, a atribuição de um estatuto (KEATING, 1993, p. 301).

Segundo os partidários da noção de pessoa potencial, não se pode dizer que o embrião seja uma pessoa, uma vez que não possui os seus atributos. Com efeito, nas primeiras semanas de seu desenvolvimento, o embrião não possui sensibilidade, consciência e menos ainda, a possibilidade de uma vida de relação. É gradualmente e graças à feliz conjugação do desenvolvimento biológico e da inserção da vida de relação que o embrião se tornará uma pessoa no sentido estrito do termo. Também não se deve afirmar que o embrião é uma simples coisa, uma vez que é

indubitavelmente de origem humana, e que se transformará numa pessoa humana, na plena acepção de palavra, se se realizar um conjunto de condições favoráveis. (KEATING, 1993, p. 302).

Cabe à nossa discussão esclarecer os sentidos mais fundamentais acerca do tema debatido. Não haja dúvida que a bibliografia sobre o aborto, sobretudo dentro da área penal, é extensa e esclarece todos os gostos, dos mais refinados aos mais iniciantes. Isso justifica a forma de abordagem deste capítulo: a sua visão de síntese, compilando as principais contribuições dadas pelos autores sobre este tema, não pretende, nem repetir as mesmas idéias, nem deixar de considerá-las em um todo.

O que se entende por aborto? Qual sua evolução compreensiva ao longo da história? Como compreender o estatuto legal brasileiro sobre esta matéria? São questões sempre pertinentes dentro do conjunto de considerações sobre o Direito, sobre a Ciência, sobre a Sociedade, sobre a Moral. Sem sombra de dúvida, questões como estas, ao serem trabalhadas, ressaltam elementos de verdadeiro debate; uma questão polêmica, localizada em um domínio onde a argumentação racional e científica defronta-se, em um verdadeiro embate, com a argumentação de cunho religioso-moral e com toda sorte de argumentos culturais e sociais.

De acordo com Dallari<sup>9</sup>, o aborto é um caso típico onde as posições quanto ao fundamento ético são inconciliáveis. A autora explica que para alguns se

---

<sup>9</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. Aborto: um problema ético da saúde pública. In: Revista Bioética, vol. 2, nº 1, Brasília-DF, 1994. Disponível em: <[www.portalmédico.org.br/revista/ind1v2.htm](http://www.portalmédico.org.br/revista/ind1v2.htm)>. Acesso Janeiro de 2010.

trata do direito à vida, para outros é evidente que envolve o direito da mulher ao seu próprio corpo e há, ainda, os que estão convencidos de que a malformação grave deve ser eliminada a qualquer preço porque a sociedade tem o direito de ser constituída por indivíduos capazes

Na legislação Alemã tem-se estabelecida a proteção do embrião desde dezembro de 1990. A Dinamarca e a França permitem o diagnóstico de pré-implantação e na Grã-Bretanha a investigação com embriões é permitida. Na Alemanha se aceita a importação de células embrionárias para experimentos. Daí pode-se deduzir que deve haver uma lei para os embriões “natos”, e outra, para os embriões estrangeiros.

Apesar de na Alemanha ser proibida a destruição do embrião que apresente problema genético, o que se pode chamar de malformação, é consentido, no entanto, o aborto de fetos com sérios males hereditários (§ 218 art. III STBG) com base em uma causa ética e social: a grave carga psicológica e física que um filho portador de deficiência pode significar para a mãe. Sendo assim, a opção por ter ou não um filho incapacitado cabe à mulher.

O aborto realizado a pedido da gestante é despenalizado sempre que for praticado por um médico dentro das primeiras 12 semanas contadas a partir da concepção. Também é despenalizado um aborto produzido por um delito sexual (§ 218, art. III STBG). A decisão do aborto favorece a escolha do melhor modelo para proteger a vida da mulher, em detrimento da vida em desenvolvimento.

Apesar de o tribunal constitucional alemão considerar ilícito tal ato, protegendo a vida do embrião, a solução de assessoramento é usada na prática e

---

defende a mulher dos que praticam o aborto mediante soma pecuniária, considerando o conceito jurídico de embrião como “representante de uma forma prévia e muito pouco desenvolvida de ser humano”, em patamar inferior ao que se expressa na realidade social. Ou seja, também no Direito Alemão a norma legal está para quem, mesmo sem norma legal de penalização ou despenalização, pelos seus valores individuais, não cometeria o aborto.

O parágrafo 1º do Código alemão estabelece: A capacidade jurídica do ser humano se inicia no nascimento. No sentido jurídico civil o indivíduo só é considerado ser humano a partir do completo desprendimento do ventre materno.

Roxin<sup>10</sup> explica que o Tribunal Supremo alemão estabelece o início do nascimento nas contrações dilatantes, as quais abrem o canal do parto até alcançar plenamente à possibilidade de atravessar o dito conduto. É de grande importância para a proteção penal da vida esse momento preciso do nascimento, porque daí poderá advir a configuração dos delitos de culpa ou negligência médica, previstos no Código Penal alemão. A bioética e o biodireito ainda estão na periferia dos grandes pilares do Direito Civil, bem como do Direito Penal. O Direito Civil não tem como empregar suas normas no âmbito da investigação genética a não ser valendo-se do ilícito previsto no Direito Penal. O Direito Penal, apesar do consenso acerca do ato ilícito, do aborto permitido, não está aparelhado para chegar a um consenso sobre a vida embrionária.

---

<sup>10</sup> ROXIN, Claus. La protección de la vida humana mediante el Derecho Penal. Acto Académico de Clausura, X Cursos de Postgrado em Derecho. Salamanca: Universidad de Salamanca/Fundación General, jan. de 2002.



## CAPÍTULO IV

### A ATIPICIDADE PENAL NA INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ EM CASOS DE ANENCEFALIA

A origem da anencefalia vem do grego, onde “An” significa sem e “*Enkephalos*” significa encéfalo. Portanto, a anencefalia é uma malformação congênita resultante de defeito de fechamento do tubo neural. Esta estrutura fetal é a precursora do Sistema Nervoso Central e é a partir da formação do tubo neural que o Sistema Nervoso Central se formará.

Este defeito ocorre por volta do vigésimo quarto dia após a concepção, já que é neste período em que o tecido formado pelas células fetais, que se apresentava em uma forma plana, começa a transformar-se em um tecido que se invagina, formando pregas que começam a fechar-se por completo, formando, assim, uma estrutura tubular. Dessa arte, percebe-se que, no caso de anencefalia, o tubo neural não se fecha totalmente. O processo de fechamento do tubo neural se dá de forma incompleta e o indivíduo passa a ser portador de um defeito congênito, a anencefalia (Santos, 2007).

Salienta-se que o problema com o fechamento do tubo neural não ocasiona somente a anencefalia. Esta só ocorrerá se o defeito atingir a extremidade distal do tubo neural. Se, ao contrário, o defeito ocorrer na extensão do tubo neural, dar-se-á origem a outro tipo de má-formação, à espinha bífida, na qual o feto tem a espinha exposta ao líquido amniótico ou separada deste por uma camada de pele.

Lazarini Neto (2008.p.381) ensinara que:

A anencefalia (do grego an= sem; enkepalos= cérebro), ou seja, “sem cérebro”, é anomalia congênita, uma anormalidade do desenvolvimento do embrião e do feto, constituindo-se, pois, em gravíssimo problema do sistema nervoso, advindo assim uma anomalia resultante de um defeito do tubo neural do embrião. Essa anomalia, letal, ocorre entre o 20º e o 28º dia após a concepção, entre a terceira e a quarta semana do desenvolvimento do feto. Todas as funções do cérebro são comprometidas. Ainda conforme observa Bruno Reis, é impossível a vida extra-uterina, bem como qualquer tipo de tratamento. O quadro é fatal em 100% dos casos.

Já para Serrador (2010):

Conhecida vulgarmente como "ausência de cérebro", a anomalia importa na inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central – responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Restam apenas algumas funções inferiores que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e a medula espinhal. Como é intuitiva, a anencefalia é incompatível com a vida extra-uterina, sendo fatal em 100% dos casos. Não há controvérsia sobre o tema na literatura científica ou na experiência médica.

Ainda, com relação às características da anencefalia, é importante ressaltar que esta malformação congênita não deve ser confundida com deficiência. A anencefalia é uma malformação fetal que inviabiliza, na totalidade dos casos, a vida extra-uterina do indivíduo em formação, sendo que quase a metade dos fetos portadores deste problema congênito falece ainda no ventre materno. Ribeiro (2003) apresenta o percentual de 65% (sessenta e cinco por cento) como representativo de óbitos intra-uterinos de portadores de anencefalia.

Em relação à deficiência, leciona ANIS (2004, p. 94) que “[...] pode ser definida como lesões, limitações das atividades ou restrições de participação”. Pode, também, decorrer da idade da pessoa, de acidentes ou ser congênita. O autor

supramencionado atenta que “[...] deficiência não é incompatível com a vida, tanto que o Brasil, segundo o Censo realizado em 2000, teria mais de quatorze pontos percentuais de sua população portadora de algum tipo de deficiência

A anencefalia é um distúrbio de fechamento do tubo neural diagnosticável nas primeiras semanas de gestação. Por diversas razões, o tubo neural do feto não se fecha, deixando o cérebro exposto. O líquido amniótico gradativamente dissolve a massa encefálica, impedindo o desenvolvimento dos hemisférios cerebrais. Não há tratamento, cura ou qualquer possibilidade de sobrevivência de um feto com anencefalia. Em mais da metade dos casos, os fetos não resistem à gestação, e os poucos que alcançam o momento do parto sobrevivem minutos ou horas fora do útero. O Brasil é o quarto país do mundo em número de partos de fetos com anencefalia. Isso não significa que as mulheres brasileiras tenham uma maior propensão à gestação de fetos anencefálicos, mas sim que o Brasil possui uma das legislações mais restritivas, obrigando as mulheres a se manterem grávidas a despeito do diagnóstico da inviabilidade fetal.

Embora haja relatos esparsos sobre fetos anencefálicos que sobreviveram alguns dias fora do útero materno, o prognóstico nessas hipóteses é de sobrevivência de no máximo algumas horas após o parto. Não há qualquer possibilidade de tratamento ou reversão do quadro, o que torna a morte inevitável e certa. Aproximadamente 65% (sessenta e cinco por cento) dos fetos anencefálicos morrem ainda no período intra-uterino (DINIZ; RIBEIRO, 2003, p. 102).

Denota Berutti (2007, p. 01) que para um melhor entendimento sobre o processo de formação do tubo neural, é interessante que se proceda à transcrição da explicação do fenômeno realizada por um médico:

Hacia fines de la 3ª semana del desarrollo, el embrión tiene la forma de un disco aplanado. En la zona media de su cara dorsal se origina la placa neural, conjunto celular que en el periodo al que aludimos, da comienzo a un proceso de plegamiento, de invaginación, que continúa con una progresiva elevación de sus bordes hasta juntarse, transformándose en un canal que en sucesivas etapas va cerrándose hasta constituir un tubo totalmente cerrado de orientación longitudinal con respecto a los diámetros del embrión. Una semana después, el tubo neural presenta una región caudal más estrecha que da origen a la médula espinal y tres vesículas cerebrales, más dilatadas, de posición anterior, que dan lugar a la formación del encéfalo o cerebro. Desde la 4ª semana en adelante, si alguno de estos grupos celulares es dañado por un agente patológico, pueden producirse dos efectos opuestos: o matan al embrión o, de sobrevivir, el daño tenderá a ser definitivo, entre ellos, impedir el cierre total del tubo neural sitio y factor anátomo-topográfico desencadenante del proceso de anencefalia.

Assim, percebe-se que, no caso do anencéfalo, o tubo neural não se fecha completamente. O processo de fechamento do tubo neural se dá de forma incompleta e o indivíduo passa a ser portador do defeito da anencefalia.

Cita Santos (2007, p. 20) que:

Quanto ao tronco cerebral, este pode ou não apresentar defeitos, sendo mais comum que os apresente. No entanto, esta não é uma característica essencial. Disso se depreende que o feto anencefálico, em caso de o defeito não ter atingido o tronco cerebral, pode ser capaz de respirar sem a ajuda de aparelhos. Assim, o que se observa é que, em realidade, a anencefalia não se refere à lesão de todo o encéfalo, mas somente de uma de suas partes – mesmo que a maior e mais importante delas – o cérebro. Disso resulta que as funções superiores do Sistema Nervoso Central, como "consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade", restam inexistentes em um feto portador de anencefalia, restando apenas funções inferiores, que controlam a respiração e as funções vaso motoras.

O diagnóstico da anencefalia pode ser feito já a partir do terceiro mês de gestação (entre a décima segunda e a décima quinta semana), através da realização de ultra-sonografias. Isso porque o feto portador de anencefalia apresenta

uma característica única e inconfundível: não possui os ossos do crânio, ou seja, a partir da parte superior da sobrancelha não há osso algum, razão pela qual sua cabeça não possui o formato arredondado. Sendo que, em alguns casos, há apenas o couro cabeludo que cobre a porção não fechada pelos ossos.

Os avanços tecnológicos permitem a formação segura do diagnóstico a partir da 12ª semana de gestação, através de exames ecográficos, sendo praticamente nulas as chances de erro. Para Santos (2007, p. 21), o feto anencefálico pode ser identificado visualmente, pois

[...] além da abertura que existe em sua cabeça, o anencéfalo possui os olhos saltados em suas órbitas, justamente porque estas não ficaram bem formadas em razão da inexistência dos ossos do crânio. Outrossim, seu pescoço é mais curto do que o pescoço de um feto normal. Além do exame visual é possível a realização de exame biológico, através da análise dos níveis de alfa-fetoproteína no soro materno e no líquido amniótico. Estes níveis, da décima primeira até a décima sexta semana de gravidez, encontram-se sempre aumentados em gestações de anencefálicos.

Desta forma, o diagnóstico da anencefalia é inequívoco e não existem possibilidades de erro. Ademais, pesquisas realizadas revelam que se trata de um defeito congênito completamente incompatível com a vida extra-uterina, não havendo polêmica sobre o assunto no mundo médico.

Embora tenha havido nestes últimos anos uma grande evolução no diagnóstico precoce e tratamento de muitas doenças, o caso da anencefalia ainda depara-se com grandes dilemas, pois sua incidência é relevante. Segundo Mutchinick et al “as malformações congênitas do SNC mostram grande variação na incidência em relação à área geográfica, à população estudada, à idade materna, à ordem de paridade e à exposição materna a agentes teratogênicos durante o

primeiro trimestre da gestação”. Ribeiro mostra que “a incidência no Brasil é de 1:1.600 nascimentos e em estudos não publicados apresenta uma relação de 1:1.350 casos em 5.400 casos de nascimentos somente no estado do Ceará”, por exemplo. Conforme relatos de Ribeiro, a anencefalia (palavra grega: n = sem + enkephalos = encéfalo) é anomalia congênita do SNC resultante da falha de fechamento do tubo neural entre 23º e 26º dia de gestação, incapacitando o conceito para a vida extra-uterina. A maioria dos casos a anencefalia é do sexo feminino e de etiologia multifatorial decorrente da interação entre fatores genéticos e ambientais. Nesses casos o risco de recorrência é maior quando mais de um membro da família é afetado e/ou o afetado é do sexo menos suscetível.

Segundo Ribeiro, entre outros, a anencefalia pode ser classificada em merocrania, quando o defeito não ultrapassa o forame magno e holocrania com raquise, quando a espinha bífida acompanha a anencefalia. Os autores explicam que pela anomalia do cerebelo, não há controle de temperatura corpórea e da frequência respiratória, o que torna a sobrevivência dessas crianças impossível, pois ocorre a ausência completa ou parcial do cérebro decorrente de falha de fechamento da porção cefálica do tubo neural, resultando em encefalia e subsequente degeneração do tecido craniano, que se mantém em contato com o líquido amniótico.

No diagnóstico, o reconhecimento de conceito com a anencefalia é imediato, pois o crânio está ausente ou hipoplásico, sem osso frontal, parietal ou occipital. A face, segundo Ribeiro é delimitada pela borda superior das órbitas que contêm globos oculares salientes. O autor observa que “a abóbada craniana é substituída por massa mole de coloração violácea e aspecto angiomaso e o cérebro encontram-se exposto e tronco cerebral é deformado”. Nestes casos, a

hipófise está ausente ou vestigial e os nervos cranianos são hipoplásicos, com o hipotálamo ausente na maioria dos casos, assim como as conexões entre adeno-hipófise e o Sistema Nervoso Central.

Assim, o diagnóstico desta anomalia está mais fácil, podendo ser realizado pelo perfil bioquímico e estudo do estriol não conjugado, da beta- HGC e da alfa-fetoproteína do sangue materno no período de 16-20 semanas de gestação para a realização de triagem dos casos de anencefalia. “A confirmação diagnóstica é realizada pelo ultra-som, em que não é visualizado o contorno ósseo da calota craniana do concepto”, sendo que “esse diagnóstico pode ser realizado a partir de 14 semanas de gestação” (Ribeiro 2004, Ross, H.L., 1997, 24:33-47).

Nestes casos, o ultrasonografista não deve tecer comentários com os pais sobre os resultados dos exames, comunicando ao obstetra que encaminhou a paciente e fornecer laudo por escrito o mais completo possível. Em algumas ocasiões, é necessário fazer o diagnóstico diferencial ultra-sonográfico de anencefalia com microcefalia grave e encefalocelos puros. (HUNTER, A.G.W. In: Stevenson, R.E., Hall, J. G., Goodman, R. M, 1983, p. 109-137). Outras anomalias podem ser diagnosticadas pelo ultra-som como o polidrâmnio, cuja incidência na anencefalia é de aproximadamente 54%. (LAUSTERSLAGER, 2000, p. 266).

#### Segundo Nogueira:

Não há tratamento para o feto anencéfalo; ainda não se sabe o que causa a anencefalia. Provavelmente ela é desencadeada por uma combinação de fatores genéticos e ambientais. Não há provas de que a anencefalia é causada por alguma coisa que os pais fizeram, portanto ninguém é culpado pelo feto ser anencéfalo. 25% das crianças anencéfalas que vivem até o fim de gravidez morrem durante o parto; 50% tem a expectativa de vida de poucos minutos a 1 dia e 25% vivem além de 10 dias. Segundo levantamentos de pesquisadores, um exame de ultra-som de alta resolução pode detectar o feto com anencefalia logo pela 10ª semana. Normalmente

um feto anencéfalo lhe falta a calota craniana a partir das sobrancelhas. Um tecido neural de cor vívida vermelho-escuro coberto apenas por uma fina membrana pode ser visto através de uma abertura da cabeça. O tamanho dessa abertura varia consideravelmente de uma criança para outra. Os globos oculares podem projetar-se por causa de uma má formação das órbitas, motivo pelo qual as crianças anencéfalas são às vezes descritas como parecendo rãs. A taxa de recorrência nos casos de anencefalia é de 4%. Se a etiologia for brida amniótica, os recém-nascidos podem sobreviver mais de 30 dias devido à ausência de malformação do cerebelo. No caso decorrente de herança multifatorial, os anencéfalos sobrevivem no máximo 48 horas após o nascimento. A morte ocorre devido à infecção pela incapacidade de recobrir a área do cérebro exposta às bactérias do ambiente.

São diversas as causas para a anencefalia ocorrer, mas a falta de ácido fólico é uma das mais comuns. A correlação de anencefalia com deficiência de ácido fólico já é bem estabelecida na literatura médica, porém, nem todos os casos de anencefalia fetal deriva da deficiência de ácido fólico. Causas genéticas ainda desconhecidas correspondem a pelo menos 60% dos casos.

Outro fato que comprova a vasta extensão de anencefalia no Brasil é que, segundo a Organização Mundial de Saúde, o Brasil é o quarto país no mundo de nascimentos anencefálicos, ficando atrás apenas do México, Chile e Paraguai. A explicação para esta alta taxa é a legislação proibitiva em relação à interrupção da gravidez nesses países.

#### **4.1 A interrupção da gravidez como medida terapêutica e não eugênica**

Indiferente a qualquer hipótese sobre o início da vida humana como um fato sociológico, a única certeza é que o feto anencefálico é um feto inviável, ou

seja, não resiste ao parto. Essa certeza da inevitabilidade da morte prematura do feto, seja no útero ou logo após o nascimento, foi o fundamento moral para sustentar a tese de que a interrupção da gravidez se o feto padece de anencefalia não enquadraria em tipificação penal do aborto.

Uma vez diagnosticada a anencefalia, não há nada que a ciência médica possa fazer quanto ao feto inviável. O mesmo, todavia, não ocorre com relação ao quadro clínico da gestante. A permanência do feto anômalo no útero da mãe é potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde da gestante e até perigo de vida, em razão do alto índice de óbitos intra-útero desses fetos. De fato, a má-formação fetal em exame empresta à gravidez um caráter de risco, notadamente maior do que o inerente a uma gravidez normal. Assim, antecipação do parto nessa hipótese constitui indicação terapêutica médica: a única possível e eficaz para o tratamento da paciente (a gestante), já que para reverter a inviabilidade do feto não há solução<sup>11</sup>.

A gestação de um feto portador deste defeito congênito não é nada tranqüila para a futura mãe. Isso porque os efeitos psicológicos que uma gestação deste tipo provoca são intensos e devastadores para os sentimentos maternos e de sua família em geral. Imagine-se a situação psicológica dos pais, em especial da

---

<sup>11</sup> Em parecer sobre o assunto, a FEBRASGO – Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia atesta: “As complicações maternas são claras e evidentes. Deste modo, a prática obstétrica nos tem mostrado que: A) A manutenção da gestação de feto anencefálico tende a se prolongar além de 40 semanas. B) Sua associação com polihidrâminio (aumento do volume no líquido amniótico) é muito freqüente. C) Associação com doença hipertensiva específica da gestação (DHEG). D) Associação com vasculopatia periférica de estase. E) Alterações do comportamento e psicológicas de grande monta para a gestante. F) Dificuldades obstétricas e complicações no desfecho do parto de anencéfalos de termo. G) Necessidade de apoio psicoterápico no pós-parto e no puerpério. H) Necessidade de registro de nascimento e sepultamento desses recém-nascidos, tendo o cônjuge que se dirigir a uma delegacia de polícia para registrar o óbito. I) Necessidade de bloqueio de lactação (suspender a amamentação). J) Puerpério com maior incidência de hemorragias maternas por falta de contratilidade uterina. K) Maior incidência de infecções pós-cirúrgicas devido às manobras obstétricas do parto de termo.”

mãe, que fazem planos para seu filho, adquirem móveis, enxoval, discutem e planejam o nome do bebê, imaginam as características físicas e psicológicas que terá após o nascimento e que, de repente, sem aviso prévio, descobrem que o feto não possui qualquer tipo de chance de sobrevivência (extra-uterina), mas, ao contrário, tem grandes chances de morrer ainda no ventre materno. É inegável que os efeitos psicológicos sobre esta família, principalmente para esta mulher, são terríveis e inimagináveis. Isto sem mencionar que o prosseguimento desta gestação atenta contra todas as garantias de dignidade humana da mulher.

Além dessas consequências, a gestação de um anencéfalo pode trazer grandes riscos à saúde da gestante, tais como: o prolongamento da gestação além do período normal (isto ocorreria porque a gestante não teria a dilatação necessária para o parto), do aumento da pressão arterial e do aumento do líquido amniótico (já que o feto anencefálico não se alimenta deste líquido, em razão de suas dificuldades em sugar e deglutir). Sendo que este último problema ocasiona dificuldades respiratórias e cardíacas à grávida, podendo levá-la ao óbito (FAYET, et al, 2009).

Na medida em que se tem sensibilizado os serviços públicos de saúde para o atendimento ao aborto nos casos já previstos na lei brasileira, tem se apresentado a necessidade de lidar com os casos de anomalias fetais incompatíveis com a vida. O avanço tecnológico vem tornando comum o diagnóstico de tais anomalias, o que gerou um paradoxo, visto que é possível detectar defeitos intra-uterinos incompatíveis com a vida, mas não é possível oferecer aos pais a opção de amenizar o sofrimento decorrente desse diagnóstico.

Conforme se vê, uma gravidez como esta sujeita a mulher a inúmeros transtornos de ordem física e psíquica, já que desde o início do segundo trimestre da

gestação ela já tem conhecimento de que o tão querido e esperado filho não sobreviverá, de sorte que em vão serão todos os sacrifícios, restrições e mudanças por ela suportadas no período gestacional. Os enjoos, as azias, as dores de estômago, os inchaços, os indesejáveis melasmas, as ingratas estrias, o ganho de peso, o desconforto para dormir em função do volume da barriga, as cervejas não bebidas, os cigarros não fumados, as viagens desfeitas e tudo mais que só uma mulher que está ou esteve grávida sabe descrever, não terá de nada valido a pena, já que ao final dos longos e aparentemente intermináveis nove meses ela sairá da maternidade para o velório e conseqüente enterro de seu bebê anencéfalo. Ao contrário do que ocorre numa gravidez normal, não terá a mulher o prazer e a alegria de decorar o quarto de seu filho, de participar de uma feira de gestantes e bebês para a escolha das roupinhas e sapatinhos, etc.

Para Ribeiro (2004, p. 451), “o suporte psicológico permite que a família possa se tornar participante nas decisões em relação a situação de ter um filho com malformação”. Deve-se considerar que a gravidez em si já é uma fase de transição na vida de uma mulher em que há grandes transformações físicas e vulnerabilidade emocional. Imagina-se o que acontece quando a mulher fica ciente do resultado dos exames, que terá uma gestação completa, mas não terá o filho, que poderá até nascer, mas com anormalidades que não permitem sua sobrevivência. Até mesmo a decisão do parto é complexa, pois segundo Ribeiro (2004, p. 451), “é freqüente a correlação entre anencefalia, gravidez prolongada, apresentação fetal de face ou pélvica e distócia pela falta de calota craniana”. O parto cesariano, por ser cirúrgico, leva a maiores riscos para a gestante, mas o trabalho de parto normal não levaria a maior dano psicológico? Infelizmente, ainda não existem diretrizes médicas para orientar as condutas nestes casos.

Importante destacar que a interrupção da gravidez defendida neste trabalho em nada se confunde com a hipótese de aborto eugênico. Neste último, ao contrário do primeiro, há vida plenamente viável, e pretende-se o seu extermínio por questões relacionadas à purificação da raça.

França (1998, p.227), esclarece que em sentenças mais recentes, diversos juízes vêm autorizando a prática do aborto em casos de fetos anencefálicos. Numa dessas sentenças, há o registro de que não se está admitindo por indicação eugênica com o propósito de melhorar a raça ou evitar que o ser em gestação venha a nascer cego, aleijado ou mentalmente débil. Busca-se evitar o nascimento de um feto cientificamente sem vida, inteiramente desprovido de cérebro e incapaz de existir por si só. Ainda que não sendo suficientes para criarem jurisprudência, esses alvarás judiciais autorizando a prática da interrupção seletiva da gravidez em casos de anomalias fetais incompatíveis com a vida extra-uterina certamente irão influir quando outros magistrados se pronunciarem em casos semelhantes.

Fala-se de aborto terapêutico como sendo aborto eugênico, deste como aborto seletivo ou racista, numa cadeia de definições intermináveis que se torna uma confusão semântica aparentemente intransponível ao pesquisador. (...) O termo seletivo, para nós, remete diretamente à prática a que se refere: é aquele feto que devido a malformação fetal, faz com que a gestante não deseje o prosseguimento da gestação. Tratar o aborto eugênico como seletivo é nitidamente confundir as práticas. DINIZ, ALMEIDA, in: COSTA et al. 1998, p. 177)

Pelo exposto, as autores supracitadas explicam que a interrupção eugênica da gestação, depreende-se que está tratando dos vários tipos de aborto, onde a IEG é um deles, expressa dessa forma, por princípio leva em consideração a vontade da gestante ou do casal em manter a gravidez.

## **4.2 Atipicidade da conduta em se tratando de aborto de feto anencéfalo**

No Brasil, como em outras partes do mundo, é recorrente o debate acerca da questão do aborto e de sua criminalização, com a torrente de opiniões polarizadas que costuma acompanhá-lo. O Código Penal de 1940, como se sabe, tipificou o aborto na categoria dos crimes contra a vida. Esta visão, nos dias atuais, está longe de ser pacífica. A diversidade de concepções acerca do momento em que tem início a vida tem alçado este tema à deliberação de parlamentos e cortes constitucionais de diversos países, como Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, etc

O Código Penal Brasileiro 1940 classifica o aborto entre os crimes contra a vida, que são subclasse dos crimes contra as pessoas. São passíveis de pena: a gestante que provoca o abortamento em si mesma (auto-abortamento, artigo 124, 1ª parte) ou consente que outrem lhe provoque (abortamento consentido, artigo 124, 2ª parte) e a pessoa que provoca o abortamento com ou sem o consentimento da gestante (artigos 125 e 126). Prevê-se o aumento da pena quando o crime é praticado em gestantes menores de 14 anos, alienadas ou com deficiência mental ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência (art. 126, § único). A pena também é aumentada se há lesões graves ou morte (artigo 127). Não se pune o aborto praticado por médico se não há outro meio de salvar a vida da gestante ou em caso de gravidez resultante de estupro (artigo 128).

Assim mesmo, a expressão “não se pune” dá margem para se considerar que, para a legislação, qualquer forma de aborto continua sendo crime, ainda que não passível de punição. A lei não cogita tampouco doenças de transmissão genética, feto malformado, ingestão de fármaco teratogênico, virose contraída durante a organogênese. As indicações maternas, na visão obstétrica da prática atual, têm em mira evitar o agravamento da doença da gestante, enquanto a lei brasileira subentende que somente quando a piora caminha para o óbito é a intervenção permitida. Isso significa que, para a sociedade brasileira, o direito à vida deve ser protegido desde a concepção, como especificado no artigo 4o do Código Civil de 1916 e artigo 2º do Código Civil de 2002.

Em países de forte tradição católica, como é o caso do Brasil, as posições que caracterizam o debate sobre o aborto oscilam entre o direito à vida do feto e o direito à autonomia reprodutiva da mulher para deliberar sobre o seu próprio corpo. E, no caso da legislação brasileira sobre o aborto - o Código Penal de 1940, que o tipifica como crime contra a vida e contra a pessoa, excluídos os casos de gravidez resultante de estupro ou que ofereça sérios riscos para a saúde da mulher - a autonomia de decisão da mulher tende a ficar em segundo plano em relação ao status jurídico do feto, considerado pessoa a ser protegida pelo Estado.

Essa definição do status jurídico do feto, presente no Código Penal, está orientada por preceitos de cunho religioso sobre a origem da vida, mais especificamente os da Igreja Católica: "O pressuposto da santidade da vida do feto é um ato de fé que se traduz na legislação penal pela proibição do aborto mesmo em estágios precoces de gestação. A teoria da potencialidade [da vida], ao sustentar que entre um embrião humano e um adulto há somente um lapso de tempo, suporta a criminalização do aborto como um ato delitivo contra a pessoa".

Segundo alguns autores, o dilema paralisante entre o princípio da vida do feto versus a autonomia reprodutiva da mulher, que sempre caracterizou as discussões sobre o aborto no Brasil, está sendo superado em nome de uma discussão mais laica, baseada em argumentos científicos. De fato, a argumentação da ADPF prescindiu de um acordo moral sobre o status do feto para a defesa da moralidade da interrupção da gestação em casos de anencefalia. Tudo isso só pôde ser possível quando o debate sobre a moralidade do aborto avançou a partir de outras premissas, sem que antes houvesse um acordo sobre o status moral do feto. E para essa mudança de perspectiva, as características clínicas da anencefalia foram decisivas.

Débora Diniz tem sido uma protagonista importante no debate recente a respeito da revisão da legislação sobre o aborto no Brasil: ela foi uma das responsáveis pela elaboração da petição apresentada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS) junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) requisitando a liberação da interrupção da gravidez nos casos de anencefalia do feto. Para tanto, a CNTS utilizou um instrumento jurídico novo: a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), que permite que uma ação seja apresentada diretamente ao STF, sem recorrer a instâncias jurídicas intermediárias.

A argumentação utilizada na ADPF é a de que a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia não se enquadra na tipificação penal do crime de aborto e, sendo assim, impedi-la seria uma infração dos princípios constitucionais: exigir de uma mulher a gestação de um feto considerado clinicamente morto seria um ato de tortura e violação do direito à saúde, à liberdade e à dignidade.

Com o avanço experimentado pela medicina, especialmente na área de diagnósticos por imagem, tem sido possível a detecção precoce das malformações do feto, muitas delas incompatíveis com a vida extra-uterina. Mesmo não estando previstas nas possibilidades legais do Código Penal Brasileiro, tem sido possível a interrupção da gestação mediante autorização judicial.

Dentre as causas mais freqüentes está a anencefalia. Entretanto toda e qualquer patologia fetal, incompatível com a vida, tem sido objeto de autorização judicial. Num levantamento de 263 autorizações judiciais, as causas mais freqüentes de autorizações judiciais foram: anencefalia (104), malformações congênitas múltiplas (39), malformações do sistema urinário (34 casos) anomalias ósseas (17), erros de fechamento da linha média (10). A Síndrome de Down (Trissomia do cromossomo 21), patologia freqüentemente diagnosticada ainda dentro do primeiro trimestre, por não ser incompatível com a vida extra-uterina não tem justificativa para obtenção de autorização judicial para a interrupção. Malformações fetais, porém com chance de sobrevivência, não têm embasamento legal para a interrupção da gestação, salvo naqueles casos que envolvem risco de vida materna, conseqüente à patologia fetal.<sup>12</sup>

Assim, no caso da anencefalia, se o médico não quiser seguir adiante com o acompanhamento à gestação ou outras medidas que a família decida tomar, pode garantir sua integridade psicológica, moral ou religiosa através de indicações a outros profissionais da área.

---

<sup>12</sup> Cf. MANUAL DE ÉTICA EM GINECOLOGIA E OBSTETRÍCIA. Cadernos Cremesp - Ética em ginecologia e obstetrícia / Cristão Fernando Rosas (coord.). 3ª ed. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2004. Disponível em: [http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes\\_capitulos&cod\\_capitulo=55](http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=55). Acesso em Fevereiro de 2010.

Segundo Conti (2010), “a condição de anencefalia tem apresentado várias questões: médicas, jurídicas, éticas e religiosas”. Tema controverso, a anencefalia aborda vários aspectos: a uma, a gestação com as alterações maternas, físicas e psíquicas; a dois, o feto, com o debate sobre aborto eugênico, não previsto na legislação brasileira; a três, o aspecto da criança, com possibilidade de doação de órgãos para transplantes. Segundo a autora, algumas vezes, os próprios pais manifestam a vontade de levar a gravidez do anencéfalo até o final, com o objetivo de fazer a doação de órgãos daquele recém-nascido.

Para analisar o aborto sob o ponto de vista da ética médica é necessário, primeiramente, situá-lo no campo estratégico da saúde reprodutiva das mulheres. Por saúde reprodutiva, entende-se uma série de condições que traduzem o completo bem-estar físico e psíquico das mulheres, assim como sua satisfatória adequação na área reprodutiva. Por aborto, ou abortamento, entende-se a interrupção voluntária, ou não, da gestação antes de completar 22 semanas. Quando a idade gestacional não é conhecida, utilizam-se como parâmetros o peso fetal menor do que 500 gramas, ou ainda, estatura que não ultrapasse 16,5 cm. Sob o ponto de vista clínico, o aborto pode ser precoce (até 12 semanas) ou tardio (13-22 semanas). Sob o ponto de vista jurídico, o aborto é simplesmente a interrupção da gestação, com o intuito da morte fetal, independentemente da idade gestacional. No Brasil, o aborto voluntário ou provocado é considerado ato criminoso e detalhado no Código Penal nos artigos 124 até 127. Já, o aborto legal ou permitido por lei é explicitado no artigo 128 do CPB em situação bem caracterizada de exclusão de antijuridicidade.

Outra questão. O Código Penal exclui a punibilidade do aborto no caso de gravidez decorrente de estupro. Na sua valoração de fatores como a potencialidade

de vida do feto e o sofrimento da mãe, vítima de uma violência, o legislador fez uma ponderação moral e permitiu a cessação da gestação. No caso aqui estudado, a ponderação é mais simples e envolve escolha moral menos drástica: o imenso sofrimento da mãe, de um lado, e a ausência de potencialidade de vida, do outro lado. Parece claro que o Código Penal, havendo autorizado o mais, somente não fez referência ao menos porque não era possível vislumbrar esta possibilidade no momento em que foi elaborado.

Deve-se aplicar aqui, no entanto, uma interpretação evolutiva do Direito. A norma jurídica, uma vez posta em vigor, liberta-se da vontade subjetiva que a criou e passa a ter uma existência objetiva e autônoma. É isso que permite sua adaptação a novas situações, ainda que não antecipadas pelo legislador, mas compreendidas na ordem de valores que o inspirou e nas possibilidades e limites oferecidos pelo texto normativo. Afigura-se fora de dúvida que a antecipação de parto aqui defendida não pode ser abrangida pelas descrições típicas previstas nos artigos 124 a 127 do Código Penal, sendo, evidentemente, conduta muito menos grave do que aquela definida como excludente de ilicitude para o aborto em caso de estupro.

Sob a compreensão de que o Código Penal não autoriza o aborto em caso de anencefalia no feto, hoje, as mulheres que desejam interromper a gestação não podem fazê-lo, a não ser que busquem individualmente autorização judicial. Porém, elas não têm garantias de obter a autorização, afinal, dependem da interpretação que o juiz ou promotor dará a cada caso. Esse quadro de exigência de autorização judicial para o procedimento médico é ainda mais agudo para as mulheres usuárias do Sistema Único de Saúde (SUS), no qual o controle de legalidade do procedimento é maior e, de forma concreta, constitui condição para o direito à assistência.

O objetivo não foi instituir um novo permissivo legal no Código Penal, mas demonstrar que a situação clínica da anencefalia não se enquadraria na determinação penal do crime de aborto. Para que se sustente o argumento de aborto como crime contra a vida em potencial do feto, é preciso que haja expectativa de vida extra-uterina, algo inexistente para o feto com anencefalia.

Por esse caminho argumentativo andou a ação de descumprimento de preceito fundamental proposta ao Supremo Tribunal Federal. A mencionada ação apresentou um novo conceito médico, posteriormente reconhecido pelo Conselho Federal de Medicina, ao definir o feto com anencefalia como “natimorto cerebral” (Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 1752, de 8 de setembro de 2004*. Autorização ética do uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais. Brasília: Conselho Federal de Medicina; 2004).

O conceito de natimorto cerebral foi instituído pelo Conselho Federal de Medicina para permitir a analogia entre o quadro clínico de uma pessoa com morte cerebral com o anencefálico: este não tem atividade cerebral, porque não tem cérebro, enquanto aquele, apesar de possuir o cérebro, ele não funciona mais. Fetos anencéfalos e pessoas sem atividade cerebral são consideradas mortas, portanto. A definição de um feto com anencefalia como natimortos permitiu a reconfiguração final do debate sobre a interrupção da gravidez nesses casos. O primeiro passo foi demonstrar a falta de adequação ao crime de aborto, redefinir o procedimento médico como "antecipação terapêutica do parto". Se o aborto é um crime contra a vida ou contra a vida desse potencial, essa definição legal não se aplica ao estado clínico de anencefalia, pois não há vida em potencial. Nesse sentido, a medida apresentada pela categoria ao Supremo Tribunal Federal não mencionou o aborto,

mas a antecipação terapêutica da gestação. Era realmente uma estratégia jurídica e sociológica reconfiguração penal do aborto, de modo a permitir a superação do dilema do direito à vida do feto versus o direito à autonomia reprodutiva das mulheres.

Não havendo expectativa ou potencialidade de vida extra-uterina, qual bem jurídico ou social se protegeria ao proibir uma mulher de interromper a gestação? O que significa “integridade física e biológica da vida extra-uterina” no caso de anencefalia no feto? Como o sofrimento involuntário provocado pelo dever de se manter grávida pode dignificar ou engrandecer as mulheres? Como estender princípios éticos como a dignidade da pessoa humana a um feto senão por valores metafísicos? Não há respostas razoáveis para essas perguntas, exceto se deslocarmos o debate do campo da razão pública para o dos argumentos religiosos, um deslocamento que, inesperadamente, a Suprema Corte brasileira realizou ao cancelar a liminar de anencefalia.

No Brasil, o Código Penal estabelece, desde 1940, que o aborto praticado por médico não é punido quando não há outro meio de salvar a vida da gestante ou quando a gravidez for resultado de estupro. Todos os demais casos são passíveis de punição, com penas que variam de um a dez anos de prisão para a mulher e para a pessoa que realiza o aborto, a qual pode ter a pena do aborto.

É sabido que, de acordo com a teoria tripartite do delito, o crime é composto por três elementos, a saber: a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade. A tipicidade, portanto, é o primeiro elemento componente do delito. A palavra advém do alemão *tatbestand*, que significa em que consiste o fato; o modelo do fato. Um fato então, será típico se ele se subsumir a algum tipo previamente descrito pela lei.

A tipicidade é, assim, a coincidência entre o fato concreto e algum modelo abstrato descrito pela lei.

A *fragmentariedade* do Direito Penal tem como consequência uma construção tipológica individualizadora de condutas que considera gravemente lesiva de determinados bens jurídicos que devem ser tutelados (BITTENCOURT, 2008, p. 258).

A tipicidade é uma decorrência natural do princípio da reserva legal: *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*. Tipicidade é a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal. Um fato para ser adjetivado de típico precisa adequar-se a um modelo descrito na lei penal, isto é, a conduta praticada pelo agente deve *subsumir-se na moldura descrita pela lei* (BITTENCOURT, 2008, p. 259).

À mera adequação entre o fato concreto e a conduta abstrata descrita pela lei, dá-se o nome de *tipicidade formal*. Todavia, é necessário analisar a tipicidade material da conduta. Para afirmar a tipicidade de um fato, é necessário analisar o conteúdo material portado pelo tipo, ou seja, é preciso aferir se a conduta realmente atingiu o bem jurídico tutelado pelo tipo; se a conduta revela-se como expressão de danosidade social e de periculosidade social. Só aí teremos a *tipicidade penal*, formada pela tipicidade legal (formal) e pela tipicidade material. E isso ocorre porque “embora tenha feito a seleção dos bens que, por meio de um critério político, reputou como os de maior importância, não podia o legislador, quando da elaboração dos tipos penais incriminadores, descer a detalhes, cabendo ao intérprete delimitar o âmbito de sua abrangência (...) Assim, pelo critério da tipicidade material é que se afere a importância do bem no caso concreto, a fim de

que possamos concluir se aquele bem específico merece ou não ser protegido pelo Direito Penal” (GRECO, 2007, p. 160).

Nesse passo, é fácil perceber que uma das funções exercidas pelo tipo é a proteção de determinado bem jurídico. Com a descrição do comportamento proibido e a conseqüente cominação de uma pena, o tipo objetiva evitar lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico que protege.

De acordo com o Código Penal, o aborto é um crime contra a vida e contra uma pessoa. Apesar da controvérsia moral sobre o quadro penal do aborto como um crime contra a pessoa, a certeza da anencefalia científica e da moralidade é apenas a morte imediata do feto. Um feto com anencefalia não tem capacidade e potencial para viver a vida, algo ou alguém que não pode ser imputado o princípio da santidade da vida humana, porque lhe falta a base do princípio: a capacidade de viver a vida. Ao longo deste tópico será demonstrado que a conduta consistente em interrupção da gravidez de feto anencefálico não se subsume aos tipos penais que descrevem o aborto, conforme descrito nos arts. 124 a 127 do CPB.

Com efeito, o crime de aborto está inserido dentre os crimes dolosos contra a vida, cujo julgamento é de competência do Tribunal do Júri. O bem jurídico que se pretende proteger, então, é a vida intra-uterina do feto.

Questão bastante discutida diz respeito à natureza do bebê anencéfalo; se se trata de um ser vivo ou de um natimorto. Não é menos controversa a questão atinente ao início da vida, existindo várias teorias a respeito, dentre as quais se destaca a Teoria Concepcionista, oriunda do catolicismo, segundo a qual a vida inicia-se no momento da concepção. Assim, para os adeptos dessa teoria, o bebê anencéfalo possui vida desde o momento em que é concebido, sendo, portanto,

objeto de proteção pelo Direito, inclusive o Direito Penal. Não será feito neste trabalho discussões acerca de dogmas religiosos, tendo em vista o princípio da laicidade do Estado, segundo o qual a religião não serve para fundamentar as decisões do poder público, que deve se manter neutro em relação às confissões de fé.

O conceito jurídico-penal de vida deve ser isento de conveniência moral, religiosa e emocional. Vida, para o Direito Penal, não é dom, não é alma, não é intocável e nem é fruto santificado. Vida é um bem jurídico integrante da personalidade, sujeito à tutela penal. E essa tutela é prestada com base nos mesmos padrões estabelecidos para a proteção de todos os demais bens jurídicos penais. (...) Trata-se, portanto, de um sistema de codificação totalmente laico, com plena indiferença a conceitos que associam vida e religião ou, pelo menos, vida e dogmas de fé.

Sobre o fim da vida e a proposta de discussão nesse trabalho, não se pode ignorar que, no Brasil, o conceito jurídico de morte é a morte cerebral. Tanto é verdade que a Lei n. 9434/97, define o critério de morte cerebral para a retirada de órgãos e tecidos para transplante. Significa dizer: uma vez constatada a morte cerebral, ainda que presentes os batimentos cardíacos, ainda que em funcionamento o sistema respiratório, a pessoa está morta, estando autorizada a retirada de seus órgãos e tecidos para transplante, caso ela seja doadora. Portanto, se o anencéfalo sequer possui cérebro, não há como sustentar que ele seja um ser vivo. Aliás, a Resolução n. 1752/2004, do Conselho Federal de Medicina, já definiu o anencéfalo como um *natimorto cerebral*. A mencionada resolução define expressamente o anencéfalo como natimorto cerebral, não se aplicando a eles o critério de morte encefálica para a retirada de seus órgãos e tecidos para

transplante, o que, mediante autorização dos pais, e feito logo após o seu nascimento.

Nesse diapasão, forçoso é concluir que, em sendo o anencéfalo um natimorto cerebral, ele não se inclui no objeto de proteção dos artigos 124 a 127 do CPB, simplesmente porque, *in casu*, não há vida a ser protegida pelo Direito. Destarte, a interrupção da gravidez em tais casos não se amolda às figuras penais que definem o aborto, tratando-se de fato atípico.

Em relação a tal discussão, Luiz Regis Prado (2006, p. 123-124) afirma que “em situações como essa, o feto não pode ser considerado tecnicamente vivo, o que significa que não existe vida humana intra-uterina a ser tutelada. (...) Em outros termos, “é justamente a inexistência de vida o que permite fundamentar a falta de dolo ou culpa, bem como a conseqüente falta de um resultado típico”.

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt (2007, p.145) “(...) na hipótese da anencefalia, embora a gravidez esteja em curso, o feto não está vivo e sua morte não decorre de manobras abortivas. Diante dessa constatação, na nossa ótica, essa interrupção de gravidez revela-se absolutamente atípica e, portanto, sequer pode ser tachado como aborto, criminoso ou não”.

Não havendo vida, na hipótese, tal qual ela pode ser entendida, sendo tal fato atestado por pareceres clínicos, realizada a conduta interruptiva da gestação, não é possível que o sujeito logre atingir o bem jurídico protegido em questão, com o que, cuida-se de fato materialmente atípico. É indubitoso que faltam à anencefalia os elementos que denunciam o tipo de aborto, sobretudo, o reconhecimento prévio da existência de vida humana intra-uterina. A vida é o bem jurídico protegido pelo

aborto. Se onde há cessação da atividade cerebral não há vida, não há objeto jurídico. Não havendo objeto, não há proteção jurídica justificada.

Luis Roberto Barroso<sup>13</sup> destaca que “a morte deve ser resultado direto dos meios abortivos, sendo imprescindível tanto a comprovação da relação causal como a potencialidade de vida extra-uterina do feto. Não é o que ocorre na antecipação do parto de um anencefálico. Com efeito, a morte do feto nesses casos decorre da má-formação congênita, sendo certa e inevitável ainda que decorridos os 9 meses normais de gestação. Falta à hipótese o suporte fático exigido pelo tipo penal.”.

O Ministro Marco Aurélio, em seu voto que concedeu a liminar pleiteada na ADPF nº 54, asseverou que a criança anencéfala não é viva e nunca poderá tornar-se viva. E assim, “embora ela tenha um coração pulsando, embora reaja a estímulos nervosos, embora se movimente dentro do útero, embora se alimente e respire pela placenta, ela não tem vida” E mais: “ela nunca poderá tornar-se um ser vivo, pois, continuará sem vida, ainda que nasça, que respire com os próprios pulmões e que continue com o coração batendo por alguns minutos ou por alguns dias”. E o Ministro está tão certo disso que, segundo ele, “ninguém ousa contestar”. Assim, “ausente vida humana intra-uterina, conclui o Ministro que não há que se falar em aborto” e então, “a remoção do bebê (que não é um ser humano ou, se é, não tem vida) seria um fato atípico, que não caracterizaria crime”, de forma que “proibir tal “antecipação do parto” seria uma afronta à dignidade humana, à legalidade, à liberdade e à autonomia da vontade”.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Cf. Petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, disponível em [lbarroso.com.br](http://lbarroso.com.br), acesso em junho de 2010.

<sup>14</sup> ADPF 54, protocolada junto ao STF no dia 17 de junho de 2004

Silva Franco (2005, v.833, p.401 s). observa que “na hipótese de anencefalia, o embrião ou o feto apresentam um processo patológico de caráter embriológico que se manifesta pela falta de estruturas cerebrais (hemisférios cerebrais e córtex), o que impede o desenvolvimento das funções superiores do sistema nervoso central”. De fato, conforme assevera Gracia Martin (1993, p. 22 e 23), “mesmo que outros ramos do ordenamento jurídico acentuem o aspecto exclusivamente naturalístico da vida humana”, o certo é que o Direito Penal “deve partir da idéia de que esse bem jurídico há de ser determinado a partir de critérios normativos, e não pode prescindir das concepções sociais. Uma concepção estritamente normativa da vida, porém, careceria de toda limitação se prescindisse de toda a realidade naturalística”, que deve constituir “um limite para a valoração”.

Para Busato (2005, p.396-397):

A interrupção da gravidez ou a antecipação do parto em casos de anencefalia não tipifica, assim, o delito de aborto, visto que se constata unicamente a presença de um desvalor de situação ou de estado que ingressa no âmbito do risco permitido, atuando como excludente do desvalor da ação. Isso não se confunde com os casos de adequação social, uma vez que a finalidade dessas ações não se dirige ao cumprimento de uma função positivamente valorada do ponto de vista social. Também não há que se falar da existência de uma causa de justificação.

Em realidade, segundo Silva Franco (2005, p. 419), “verifica-se apenas um desvalor de situação que não se assimila à lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado (desvalor do resultado), pois o anencéfalo não é biologicamente capaz de concretizar-se em uma vida humana viável”, o que só permite caracterizá-lo como “um projeto embriológico falido, não sendo um processo de vida, mas um processo de morte”.

Ressalta Rogério Sanches Cunha (2008.v.3.p.42/43) que:

A doutrina ao que parece, procura legitimar essa espécie de abortamento (feto anencefálico), valendo-se de um contorcionismo jurídico alcançado pela interpretação sistemática com a lei 9.434/97, que determina o momento da morte com a cessação da atividade encefálica. Ora, se a cessação da atividade cerebral é caso de morte (não vida), feto anencefálico não tem vida intra-uterina logo, não morre juridicamente (não se mata aquilo que jamais viveu para o direito). A operação terapêutica caminha, desse modo, para a atipicidade.

Como já exposto, na gestação de feto anencefálico não há vida humana viável em formação. Vale dizer: não há potencial de vida a ser protegido, de modo que falta à hipótese o suporte fático exigido pela norma. Com efeito, apenas o feto com capacidade potencial de ser pessoa pode ser sujeito passivo de aborto. Assim, não há como se imprimir à antecipação do parto nesses casos qualquer repercussão jurídico penal, de vez que somente a conduta que frustra o surgimento de uma pessoa ou que causa danos à integridade física ou à vida da gestante tipifica o aborto.

Vale comentar que a matéria objeto de discussão nesse trabalho não deixa de esbarrar no art. 17 do CPB, que define o crime impossível como sendo aquele que, por absoluta ineficácia do meio ou impropriedade absoluta do objeto, jamais representará lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.

Conforme Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 573) “a maioria dos anencéfalos sobrevivem no máximo 48 horas após o nascimento” e “quando a etiologia for brida amniótica podem sobreviver um pouco mais, mas é questão de dias”. Observa-se, pois, que, havendo a configuração da comprovação médica da inviabilidade de vida extra-uterina por se tratar de feto anencéfalo, naturalmente a

mulher que realizar o aborto não poderia em hipótese alguma ser criminalizada, vez que se trata de crime impossível por absoluta impropriedade do objeto, conforme disposição do art. 17 do Código Penal.

Fernando Capez (2001, p. 230-231) explica que “a ineficácia do meio é a impossibilidade de se obter o resultado frente aos instrumentos utilizados para sua execução”, sendo que “um exemplo clássico é trazido por como um palito de dente não é capaz de matar um adulto”. Para o autor, “tal exemplo parece absurdo, porém, explica perfeitamente a causa acima disposta, o meio utilizado jamais atingirá o resultado pretendido”. Explica ele, que “já a segunda parte do artigo 17, CP, faz referência à absoluta impropriedade do objeto, ou seja, a quem se pretende atingir com a conduta”. Ainda para o autor, “a pessoa ou coisa sobre que recai a conduta é absolutamente inidônea para a produção do resultado lesivo, ainda, traz como exemplo típico, a pretensão de se matar um cadáver”.

É fácil perceber que, a hipótese da anencefalia amolda-se ao conceito de crime impossível, contido na segunda parte do art. 17 do CPB, tendo em vista que o objeto sobre o qual recai a conduta do abortamento é absolutamente ineficaz, já que o feto, em verdade, está tecnicamente morto.

Vieira Segundo (2009, p. 86) afirma que “mais uma vez reforçamos que a gestante que tenha a comprovação médica da inviabilidade de vida extra-uterina por ser o feto anencéfalo, caso venha a interromper a gravidez, para nós, está amparada pelo crime impossível, pois não é possível matar aquilo que para nosso Ordenamento Jurídico nunca viveu”.

Observa-se que não está em jogo a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente vida própria, de modo que as

conseqüências dos atos praticados se resolvem unicamente contra a mulher. O feto expulso (para que se caracterize o aborto) deve ser um produto fisiológico, e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto (1958, p. 297-298).

Sumariamente, o aborto é descrito pela doutrina especializada como a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto (produto da concepção). Vale dizer: a morte deve ser resultado direto dos meios abortivos, sendo imprescindível tanto a comprovação da relação causal como a potencialidade de vida extra-uterina do feto. Não é o que ocorre na antecipação do parto de um feto anencefálico. Com efeito, a morte do feto nesses casos decorre da máformação congênita, sendo certa e inevitável ainda que decorridos os nove meses normais de gestação. Falta à hipótese o suporte fático exigido pelo tipo penal.

Essa linha de entendimento decorre, de maneira inexorável, do próprio conceito jurídico de morte adotado no Direito brasileiro. De fato, a Lei nº 9.347, de 4.02.97, permite a retirada de órgãos destinados a transplante após o diagnóstico de “morte encefálica” do doador. Portanto, o indivíduo é considerado morto quando o seu cérebro deixa de ter atividade. Ora bem: o feto anencefálico sequer chega a ter início de atividade cerebral, pois não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico. Tragicamente, não chega a tornar-se um ser vivo, em sentido técnico.

A interrupção da gestação, nessa hipótese, é fato atípico. Em nome do princípio geral da legalidade e do princípio específico da reserva penal, não pode ser

vedado ou punido. Interpretação evolutiva do Código Penal. Ainda que assim se quisesse qualificá-la, não deveria ser punida, pelas razões a seguir expostas. O Código Penal tipifica o aborto provocado pela gestante ou por terceiro nos arts. 124 a 127. Mas não pune o aborto dito necessário, se não há outro meio de salvar a vida da gestante, nem tampouco o aborto desejado pela mulher, em caso de gravidez resultante de estupro. Pois bem: a hipótese aqui em exame só não foi expressamente abrigada no art. 128 do Código Penal como excludente de punibilidade porque em 1940, quando editada sua Parte Especial, a tecnologia existente não possibilitava o diagnóstico preciso de anomalias fetais incompatíveis com a vida.

#### **4.3 O respeito à vida e à dignidade da mulher**

A interpretação literal do nosso arcaico Código Penal no concernente ao aborto mostra-se insuficiente para compreender a realidade e a violência perpetrada pelo Estado contra a única vítima de uma tirania exegética: a mulher. Não seria hora de perguntar se não há uma inquisição dogmática dos operadores do Direito, condenando-a abrigar no ventre um ser anencéfalo, cuja vida extra-uterina é inviável? Não seria uma troca de valores no ensejo de dar à gravidez e a beleza feminina de gerar alguém uma conotação de gerar a morte ao invés da vida? Na debatida questão, forçoso é ter como objetivo primordial destacar as dores e os sofrimentos da mulher ou não cair nas questões metafísicas sobre a origem da vida, uma vez que esta posição só aprofunda a problemática, não apontando, objetivamente, nenhuma solução.

Ginette Paris, em um dos livros mais polêmicos sobre a temática, abordando dados sobretudo em vista da dignidade feminina, aponta elementos que refazem, profundamente, o pensamento. Para a autora, as questões sobre o aborto precisam ser enfatizadas no sofrimento de tantos outros que vivem de modo mais concreto, não potencialmente, como o feto. E o centro deste sofrimento se encontra na mulher. Argumenta a citada autora que fácil se dá uma permissão para matar homens, mulheres e crianças: uma declaração de guerra é o bastante. Entretanto, quando as mulheres resolvem abortar, as coisas são muito mais complicadas, uma vez que “a diferença de pensamento entre aquele que faz a guerra e o que é contra o aborto pode ser explicada pela divisão de poder sobre a vida e a morte entre homens e mulheres. Os homens têm o direito de matar e destruir, e quando o massacre é chamado de guerra (...)”. Mesmo que sejam os mesmos princípios invocados pelos fabricantes de guerras: liberdade e autodeterminação – questões de dignidade tão importantes quanto a própria sobrevivência, o aborto é cheio de restrições.

A guerra é santificada, e até abençoada por nossos líderes religiosos. Mas se a mulher decide abortar um feto, que nem tem aparelho neurológico para registrar o sofrimento, as pessoas ficam chocadas. O realmente chocante é que a mulher tem o poder de fazer um julgamento moral que envolve uma opção de vida ou de morte. Esse poder é reservado aos homens... As mulheres dão a vida, e os homens, como heróis de guerra, são provedores de morte... A necessidade de controlar o corpo e a alma das mulheres está na raiz das religiões patriarcais... Ao longo dos séculos, os milhões de mulheres que morreram de aborto em condições horrorosas foram na realidade sacrificadas, vítimas do dogma religioso (PARIS, 1992, p. 32).

Tomando por base essa reflexão arguta e pertinente, deve ser um imperativo moral, ainda que não amparado no sistema jurídico, a autonomia da mulher decidir se quer prosseguir, ou não, na gestação até ao final, em se tratando

de fetos incuráveis e fatalmente doentes. Esta decisão está fundamentada no livre arbítrio de querer ou não de cessar gravidez indesejada e de alto risco à sua saúde. É, antes de tudo, decisão íntima dela pela antecipação do parto. Extrair um ser inviável para a vida e também para a existência do seu ventre não pode constituir crime, pois tal crime é impossível, por tratar-se justamente não de aborto “strictu sensu”, mas de antecipação do parto; por isso o médico não pode nem deve ser criminalizado.

O feto ainda não existe, pois não está no mundo. O seu único “mundo”, ou lugar, é o ventre materno. Os dogmáticos religiosos e os do direito posto consideram o feto mais importante que a saúde física, mental e social da mulher. O feto tem apenas a expectativa de tornar-se pessoa e assim adquirir personalidade jurídica se nascer com vida viável; isto é, a de iniciar a existência que se consubstancia no estar no-e-com o mundo.

Por outro lado, o feto anencefálico é possuidor de deformação congênita irreversível, ou seja, inviável para a vida e para a existência. A antecipação do parto ainda não legalizado constitui do momento oportuno para o magistrado criar a norma do caso concreto para fazer prevalecer o Direito, porque não há regra jurídica que obrigue a mulher (preferencialmente a pobre) – permanente vítima de nossas leis obsoletas - abrigar no ventre um ser anencéfalo.

São muito fortes as palavras de Paris (1992, p. 31):

Até hoje o aborto tem sido julgado de acordo com o dogma cristão; é pecado porque é proibido pela Igreja, e a Igreja não pode mudar de posição, pois está escrito na Bíblia, e se começarmos a mudar o dogma escrito a realidade toda ruirá. As religiões monoteístas baseadas num livro (cristão, judeu, muçulmano) funcionam de acordo com códigos escritos (dogma), que divide o comportamento em pecado e virtude, de uma vez por todas. Mas, tão logo adotemos uma perspectiva mais global e menos dogmática, podemos ver a

loucura que é sacrificar a mãe pelo bebê, a estupidez dos procedimentos obstétricos que só consideram o conforto e a segurança do feto (como se a mãe e filho não fossem interdependentes), e a loucura de uma posição moral que força as mulheres a ter filhos quando a primeira necessidade de uma criança é ser querida.

## **CAPÍTULO V**

### **A MANIFESTAÇÃO DOS TRIBUNAIS SOBRE A ANENCEFALIA**

#### **5.1.Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nº 54.**

Em corajosa ação, em 17/06/2004, patrocinando a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, o advogado Dr. Luis Roberto Barroso, protocolou no Supremo Tribunal Federal uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, onde pugnou pela interpretação, conforme a constituição, dos artigos 124 a 128 do CPB, para afastar a incidência do crime de aborto sobre a interrupção de gravidez de fetos anencéfalos.

Fundamentou o pedido dizendo que a anencefalia é completamente incompatível com a vida extra-uterina, sendo fatal em 100% dos casos, aduzindo que a gravidez, em casos assim, acarreta grave perigo à saúde da gestante. Sustentou que a antecipação do parto no caso de fetos anencéfalos não se subsume às normas incriminadoras do aborto (arts. 124 a 127 do CPB) e que essa hipótese só não foi incluída como causa de não punibilidade do art. 128 do CPB porque, à época da edição do Código Penal (1940), a tecnologia não permitia a constatação inequívoca de tal anomalia. Apontou como preceitos fundamentais violados a dignidade da pessoa humana, os princípios da legalidade, liberdade e autonomia da vontade e o direito à saúde.

No que pertine à dignidade da pessoa humana, apontou como suas vertentes os direitos à integridade física, que engloba o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver; e os direitos à integridade moral, onde se inserem, dentre outros, os direitos à honra, à liberdade, à vida privada, à intimidade, à imagem, ao nome e o direito moral do autor. Aduziu que as duas vertentes aqui mencionadas são violadas quando se impõe à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que se sabe de antemão, com plenitude de certeza, não sobreviverá. Comparou a manutenção compulsória da gravidez de um feto anencéfalo à tortura psicológica, vedada pelo art. 5º, III da Lei n.º 9455/97.

Quanto à legalidade, liberdade e autonomia da vontade, enfatizou que segundo o disposto no art. 5º, II CF/88, “ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e que no ordenamento jurídico brasileiro inexistente dispositivo proibindo o aborto de fetos anencefálos, razão pela qual a mulher é livre para escolher se vai ou não levar a gravidez adiante, de sorte que a restrição à liberdade de escolha e à autonomia da gestante não encontra guarida no direito positivo.

No que se refere ao direito à saúde, apontou os arts. 6º, caput e 196 a 200, todos da Constituição Federal como fundamentos básicos do direito à saúde no Brasil, ressaltando que esse direito se insere como direito humano fundamental, mencionando que *saúde*, conforme a concepção da Organização Mundial da Saúde, significa *completo bem estar físico, mental e social*, defendendo que a antecipação do parto em caso de gestação de feto anencefalo é o único procedimento médico cabível para obviar o risco e a dor da gestante, de sorte que, impedir sua realização importa em indevida e injustificável restrição ao direito à saúde.

O então Procurador Geral da República, Dr. Cláudio Fonteles emitiu parecer opinando pelo indeferimento do pedido, alegando, em síntese, a primazia do direito à vida.

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, acolheu o pedido e concedeu liminar autorizando a interrupção da gravidez de fetos anencefálos, alegando que, diante de uma deformação de caráter irreversível, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. O Ministro ainda asseverou que “(...) Em questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. (...) A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana. (...) No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intra-uterino em mais de 50% dos casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevivência é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável. Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. É como decido na espécie.”.

Em 21 de outubro de 2004 foi revogada a liminar acima mencionada. Sete dos onze magistrados da Corte entenderam que a anencefalia não está entre as causas que admitem o aborto no Brasil. Os ministros que votaram contra a liminar foram os seguintes: Eros Grau, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Carlos Velloso e Nelson Jobim. Os que votaram a favor: Marco Aurélio Mello, Carlos Ayres Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence.

Foram realizadas audiências públicas no período compreendido entre 26 de agosto e 16 de setembro de 2008. Naquela ocasião, foram ouvidas entidades religiosas (Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, Igreja Universal, Associação Nacional Pró-Vida e Pro-Família, Católicas pelo Direito de Decidir e Associação Médico-Espírita do Brasil), entidades médicas e científicas (Conselho Federal de Medicina, Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Sociedade Brasileira de Genética Clínica, Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência e Associação brasileira de Psiquiatria), entidades da sociedade civil (Instituto Brasileiro de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS, Escola de Gente, Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos) e Ministros de Estado (José Gomes Temporão – saúde - e Nilcéia Freire – Mulher -). Após os exaustivos trabalhos, foram chanceladas as seguintes teses: a) O diagnóstico de anencefalia é feito com 100% (cem por cento) de certeza, sendo irrevésível e letal na totalidade dos casos. A rede pública de saúde tem plenas condições de fazer este diagnóstico, assim como de realizar o procedimento médico de antecipação do parto, caso seja esta a vontade da gestante; b) A gestação de um feto anencefálico é de maior risco para a mulher, em especial no que diz respeito a hipertensão, acúmulo de líquido amniótico, pré-eclâmpsia. Além disso, impor à mulher levar a gestação a termo pode ser gravoso à

sua saúde mental; c) No Brasil não há registro de transplante e órgãos de um anencéfalo para uma criança viva. O feto com anencefalia não é um doador de órgãos potencial, pois apresenta múltiplas malformações associadas que aumentam o índice de rejeição dos órgãos pelo receptor; d) A interrupção da gestação neste caso deve ser tratada como antecipação terapêutica do parto e não como aborto, por inexistir potencialidade de vida. A definição jurídica do final da vida é a morte encefálica. O feto anencéfalo não tem vida encefálica; e) Anencefalia não se confunde com deficiência. Não há crianças ou adultos com anencefalia. Deficiência é uma expressão da diversidade humana em nossa sociedade. Foram também ouvidas mulheres que interromperam a gestação de fetos anencéfalos, bem como aquelas que optaram por levar a gravidez a termo. Todas se mostraram felizes com as respectivas escolhas, ficando os trabalhos encerrados com a conclusão de que cabe à mulher e não ao Estado decidir sobre a interrupção ou não da gravidez de feto anencéfalo.

Em 06 de julho de 2009, a Dra. Débora Macedo Duprat de Brito Pereira, Procuradora Geral da República emitiu seu parecer manifestando-se pela total procedência da ADPF em comento, para que os dispositivos do Código Penal Brasileiro que criminalizam o aborto sejam interpretados conforme a Constituição Federal, declarando-se inconstitucional, com efeitos *erga omnes*, a aplicação de tais artigos quando se tratar de interrupção de gravidez de feto anencéfalo. Ressaltou a Procuradora, em breve síntese, que não se justifica, sob o prisma constitucional, a imposição de qualquer sanção penal à gestante que opte pela interrupção da gravidez em caso de anencefalia e que o assunto em debate decorre de anacronismo da legislação brasileira, editada quando ainda não era possível

diagnosticar a viabilidade da vida extra-uterina do feto. Enfatizou ainda que o próprio legislador penal não atribuiu valor absoluto à vida potencial do feto, eis que permitiu o aborto em caso de gravidez resultante de estupro, razão pela qual deve ser feita uma interpretação evolutiva do direito penal, para admitir como legítima a interrupção da gravidez em caso de anencefalia. Registrou também que a antecipação do parto, em se tratando de anencefalia, constituiu exercício de direito fundamental, sendo a conduta da gestante irrelevante para o direito penal, eis que não atingido o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora. Após discorrer sobre os preceitos fundamentais violados, reforçou a tese de ausência de violação ao direito à vida em tal hipótese, sustentando constituir-se a interrupção da gestação um direito fundamental da gestante, sendo sua conduta absolutamente atípica.

O mérito da ação ainda não foi julgado, estando o processo pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

## **5.2. Caso Gabriela Cardoso de Oliveira: HC 32159: De Teresópolis/RJ ao Supremo Tribunal Federal**

Na Comarca de Teresópolis/RJ, Gabriela Oliveira Cordeiro e seu esposo Petrônio Cordeiro de Oliveira Júnior, representados pela Defensoria Pública daquele Estado, ingressaram em Juízo solicitado Alvará Judicial para que a primeira pudesse se submeter a intervenção cirúrgica para interrupção da gravidez, sob a alegação de que o feto que estava em geração em seu útero padecia de anencefalia, patologia incompatível com a vida extra-uterina.

Em 06 de novembro de 2003, o Magistrado de primeiro grau indeferiu o pedido e declarou extinto o processo, ao argumento de que a pretensão dos requerentes não encontra amparo legal, eis que a hipótese não se amolda às vertentes do art. 128 do CPB.

Inconformados, os requerentes aviaram Recurso de Apelação com pedido de liminar, ocasião em que a Desembargadora Giselda Leitão Teixeira, em 19 de novembro de 2003, deferiu a liminar pleiteada, autorizando a interrupção da gravidez, ao fundamento de que não se pode impor à gestante o insuportável fardo de, ao longo de meses, prosseguir numa gestação fadada ao insucesso, já que a morte do feto, logo após o parto, é inquestionável, não havendo nada que possa ser feito para salvá-la. Enfatizou que a preocupação do Poder Judiciário deveria voltar-se para o casal, em especial com a mãe, que estava padecendo de sérios problemas de ordem emocional, diante do difícil momento pelo qual estava passando. Louvou a iniciativa do casal em buscar ajuda do Poder Judiciário, ao invés de recorrer à ilegalidade e resolver o problema clandestinamente.

Os advogados Carlos Brazil e Paulo Silveira Martins Leão Júnior, na qualidade de legitimados extraordinários, nos termos do art. 5º, XXXIV e LXVIII da Constituição Federal, interpuseram Agravo Regimental em Apelação, objetivando a reforma da liminar acima mencionada, invocando argumentos de defesa à vida.

Em 25 de novembro de 2003, a Desembargadora Relatora Giselda Leitão negou provimento ao agravo e manteve a liminar concedida, alegando que sua decisão nada tem de inovador, já que Tribunais de outros Estados da Federação, a exemplo de Minas Gerais, Santa Catarina e São Paulo também já haviam concedido autorização para a interrupção de gravidez em casos

semelhantes. Sustentou que não havia motivo que justificasse a reforma da decisão agravada, ressaltando que, se a gravidez fosse levada adiante, a saúde da gestante estaria sujeita a sérias complicações, tais como: possibilidade de pré-eclâmpsia, deslocamento prematuro da placenta, hemorragia pós-parto, disfunções uterinas, choque pós rotura de bolsa amniótica, perturbações na esfera psíquica, desorganização familiar e suicídio. Alegou ainda que, naquela hipótese, os simplórios, velhos e surrados argumentos de defesa à vida não se prestavam para postergar o sofrimento do casal, já que estava comprovada a inviabilidade do feto em gestação e que apesar de não haver previsão legal para a interrupção da gravidez naquele caso, era necessário invocar o princípio da razoabilidade, sendo desumano ignorar o sofrimento suportado por uma jovem de apenas 18 anos, que tinha plena ciência de carregar em seu ventre um ser condenado à morte, não havendo a menor possibilidade de vida pós-parto.

Em posição vinculada ao tecnicismo jurídico, divergiu da Desembargadora Relatora Giselda Leitão o Desembargador Vogal vencido José Carlos Schmidt Murta Ribeiro, ao argumento de que a concessão daquela liminar em sede de recurso de apelação criou analogicamente, em sede de direito penal, um terceiro tipo de aborto legal não previsto na legislação vigente, em desfavor de nascituro sem representação legal. Disse que o princípio básico e fundamental do direito penal, que é o princípio da legalidade estrita e da anterioridade da lei penal, não permite criar por analogia um novo tipo de aborto legal não previsto, com a criação de norma permissiva por interpretação analógica. Sustentou que as hipóteses que autorizam o aborto no Brasil foram previstas em *numerus clausus* pelo art. 128 do CPB e que a vida, bem maior do indivíduo, é protegida constitucionalmente e civilmente desde o momento de sua concepção. Entendeu

que estava sendo autorizado um aborto eugênico, que nada tem em comum com o estado de necessidade que informa o aborto terapêutico, argumentando ainda que a hipótese também não tem qualquer semelhança com o aborto humanitário, caso em que o feto é fruto da violência sexual de sua mãe, ao passo que naquele caso em discussão o feto era fruto do amor de duas pessoas livres.

Pois bem. Ocorre que em 21 de novembro de 2003, ou seja, antes mesmo de ser mantida, por maioria de votos, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a autorização judicial para a interrupção da gravidez daquele feto anencefálico, o Padre Luiz Carlos Lodi da Cruz, residente em Anápolis-GO e Presidente da Associação Pró-Vida daquela cidade, impetrou Habeas Corpus no Superior Tribunal de Justiça, em favor do nascituro. Em despacho proferido em 25 de novembro de 2003, a Ministra Laurita Vaz concedeu liminar para sustar a decisão autorizadora da interrupção da gravidez, prolatada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, até julgamento final pela Quinta Turma daquela Corte. O mérito da questão foi julgado em 17 de fevereiro de 2004, ocasião em que a Ministra Laurita Vaz concedeu definitivamente a ordem pleiteada, desautorizando a interrupção da gravidez, sob o fundamento de que a legislação penal e a Constituição Federal tutelam a vida como bem maior a ser preservado, de sorte que as hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, não admitindo analogia *in malam partem*, devendo prevalecer o princípio da reserva legal. Registrou ainda que se o legislador eximiu-se de incluir no rol do art. 128 do CPB a hipótese de anencefalia, o máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado que se lhe acrescente mais uma.

Observe que a Ministra Laurita Vaz (STJ) incorreu no mesmo equívoco do Desembargador José Carlos Schmidt Murta Ribeiro (TJRJ) e, sob o pretexto de que não é possível a criação, por parte do Poder Judiciário, de um terceiro tipo permissivo de aborto, deixou de proceder à interpretação conforme a Constituição Federal, dos dispositivos que incriminam o aborto, postergando o sofrimento da gestante que, desesperadamente, bateu às portas da Justiça, objetivando primar pela sua dignidade, saúde, liberdade e autonomia, valores constitucionais esses desprezados pela Ministra. Assim como o mencionado Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, preferiu ela posicionar-se ao lado de um direito estático e extremamente positivista, deixando de adaptar as evoluções médicas ao ordenamento jurídico. Privilegiou absolutamente a vida criada, em detrimento da vida criadora. Ora, a circunstância de inexistir no ordenamento jurídico norma expressa admitindo a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, por si só, não limita o Poder Judiciário, que dever dar às normas existentes interpretação coerente com a dignidade da pessoa humana. A toda evidência, é necessário que o direito acompanhe a evolução da humanidade, caminhando juntamente com as descobertas do homem para que as novas situações que surjam não fiquem desamparadas pela lei. O objetivo não é sepultar o princípio da reserva legal, mas sim, conferir interpretação conforme a Constituição aos dispositivos do Código Penal que definem o crime de aborto, considerando-se os princípios também constitucionais da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade e o direito à saúde.

Diante da decisão definitiva proferida pelo STJ, Fabiana Paranhos, ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero -, THEMIS – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero - e Agência de Direitos Humanos – Gênero Cidadania

e Desenvolvimento – impetraram, em Favor da gestante, Habeas Corpus perante o Supremo Tribunal Federal, pedindo a cassação do acórdão do Superior Tribunal de Justiça para autorizar a paciente a se submeter a cirurgia objetivando a antecipação do parto, alegando, em síntese, o seguinte: a) coação da liberdade por proibição de antecipação do parto; b) a inocorrência do crime de aborto; c) a necessidade de tutela à saúde física e mental da paciente; d) o desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Em 04 de março de 2004, o Supremo Tribunal Federal, por decisão unânime, julgou prejudicado o pedido, tendo em vista a perda do objeto, já que o bebê gerado pela paciente havia nascido e sobrevivido por apenas sete minutos. Mesmo assim, O Ministro Relator Joaquim Barbosa fez questão de registrar o seu voto, onde asseverou que “(...) toda discussão levada a efeito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça diz respeito aos direitos do nascituro, sem qualquer alusão a eventuais direitos da gestante, como se esses direitos, constitucionalmente protegidos, não estivesse intimamente entrelaçados, ou seja, como se a proteção ao nascituro tivesse o condão de excluir completamente a proteção aos direitos da gestante...”.

Ressaltou o Ministro Relator Joaquim Barbosa que a questão deveria ser analisada por dois ângulos: um referente à liberdade individual, da qual a autodeterminação da gestante é manifestação; e outro atinente aos diferentes graus de tutela penal da vida humana. Invocou o princípio da proporcionalidade, dizendo que “(...) ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extra-uterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses

peçoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal...”. Asseverou que “ (...) em casos de malformação fetal que leve à impossibilidade de vida extra-uterina, uma interpretação que tipifique a conduta como aborto (art. 124 do Código Penal) estará sendo flagrantemente desproporcional em comparação à tutela legal da autonomia privada da mulher, consubstanciada na possibilidade de escolha de manter ou de interromper a gravidez, nos casos previstos no Código Penal. Em outras palavras, dizer-se criminosa a conduta abortiva, para a hipótese em tela, leva ao entendimento de que a gestante cujo feto seja portador de anomalia grave incompatível com a vida extra-uterina está **obrigada a manter a gestação**. Esse entendimento não me parece razoável em comparação com as hipóteses já elencadas na legislação como excludente de ilicitude de aborto, especialmente porque estas se referem à interrupção da gestação de feto cuja vida extra-uterina é plenamente viável. Seria um contra-senso cancelar a liberdade e a autonomia privada da mulher no caso do aborto sentimental, permitido nos casos de gravidez resultante de estupro, em que o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da mulher, e vedar o direito a essa liberdade nos casos de malformação fetal gravíssima, como a anencefalia, em que não existe um real conflito entre bens jurídicos detentores de idêntico grau de proteção jurídica...”. Com base na Lei nº 9434/97 que fixa o momento da morte do ser humano como sendo o momento da morte encefálica, sustentou a tese de que o feto anencefálico, apesar de estar biologicamente vivo não tem proteção jurídica, de sorte que, no momento de comprovação da inviabilidade de vida pós-parto, ele deixou de ser amparado pelo art. 124 do Código Penal e aderiu ao entendimento de que a hipótese de interrupção da gravidez em caso de anencefalia só não integrou o rol do art. 128 do Código

Penal, porque em 1940 não havia tecnologia médica apta a diagnosticar, com certeza, a inviabilidade de vida extra-uterina do feto.

Já o Ministro Carlos Ayres Brito chegou a fazer uma comparação da gestação do feto anencefálico com o nascimento de uma borboleta, dizendo que “(...) algo que se desenvolvia no útero de uma mulher jamais se transformaria em alguém, ou seja, tínhamos o fenômeno do casulo, que seria o útero, de uma crisálida que seria o feto, mas jamais a borboleta alçaria vôo, porque a criança não teria condições de sobreviver...”.

### **5.3 Caso Michele Carvalho Seixas Faria - - HC 88.720 – STJ**

Em 02/08/2007, Michele Carvalho Seixas Faria impetrou, perante o Superior Tribunal de Justiça, ordem de Habeas Corpus em face do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, insurgindo-se contra sentença proferida pela 1ª Vara do Júri da Comarca de Porto Alegre, que indeferiu, por impossibilidade jurídica, seu pedido para interrupção de gravidez de feto anencefálico. Sustentou a impetrante estar na 23ª semana de gravidez e que, após a realização de vários exames de ultrassonografia, ficou constatado que o feto que carrega em seu ventre padece de anencefalia, patologia totalmente incompatível com a vida extra-uterina e que sua saúde física e psicológica encontra-se seriamente debilitada em razão de tal fato.

O Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, apesar de emitir seu voto julgando prejudicado o pedido em razão de a gravidez já se encontrar em estágio avançado para a prática do aborto, analisou o mérito da questão, manifestando-se

favorável à interrupção da gravidez de fetos anencéfalos. Fundamentou seu posicionamento aduzindo que o legislador penal deixou inequívoca sua preocupação com a proteção da vida e da saúde psicológica da gestante, quando permitiu, no art. 128, I e II do CPB, a prática do aborto quando este fosse o único meio para salvar a vida da gestante e quando a gravidez resultasse de estupro. Enfatizou que, nas duas hipóteses mencionadas, a posição do legislador, em optar pelo sacrifício da vida intra-uterina saudável, plenamente viável e apta a transformar-se em pessoa, impõe reflexões com os olhos voltados para a Constituição Federal e para os princípios nela contidos, sob pena de transformar a norma criada para proteger bens jurídicos essenciais em instrumento de desamparo e de abandono, afastada dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Argumentou também que para a configuração do crime de aborto é necessária a efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma legal e que somente a conduta que frustra nascimento com potencialidade de vida extra-uterina é que tipifica tal crime.

## CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto neste trabalho, concluímos que a anencefalia trata-se de uma malformação fetal congênita, oriunda de defeito de fechamento do tubo neural, podendo ser detectada em estágio precoce da gravidez, sendo fatal em cem por cento dos casos. Em decorrência dessa malformação, o feto anencéfalo carece de grande parte do sistema nervoso central, ficando incapacitado para as funções relacionadas à consciência e à capacidade de percepção, de cognição, de comunicação, de afetividade e de emotividade, de forma que jamais poderá compartilhar da experiência humana.

Apesar de manter algumas funções vegetativas relacionadas ao sistema respiratório e circulatório, dependentes da medula espinhal, o anencéfalo nunca terá consciência.

O feto portador de anencefalia perecerá ainda no período intra-uterino, sendo certo que, aqueles que atingem a fase extra-uterina falecem alguns minutos após o parto.

No Brasil, o critério jurídico de definição de morte é o da morte cerebral, ou seja, para o direito, encerradas as atividades cerebrais da pessoa, ela é considerada juridicamente morta, estando autorizada a retirada de seus órgãos e tecidos para doação, caso se trate de um doador. Nessa linha de raciocínio, o anencéfalo, que sequer tem início de atividade cerebral, juridicamente é considerado um natimorto, razão pela qual a sua vida intra-uterina não pode ser objeto de proteção pelo Direito Penal, eis que o feto não reúne as condições para ser sujeito passivo do crime de aborto.

A vida é o maior bem jurídico do ser humano e goza de proteção constitucional. Todavia, essa inviolabilidade não é absoluta. Tanto é verdade que o próprio legislador penal permite, no artigo 128 do Código Penal, que a gestante realize aborto quando não houver outro meio de salvar a sua vida, ou quando a gravidez resultar de estupro.

A gravidez de um anencéfalo apresenta riscos consideravelmente maiores do que os riscos de uma gravidez comum, expondo a saúde da mulher a perigo direto e iminente, de sorte que, compelir uma mulher a levar adiante uma gravidez desse tipo configura atentado à sua dignidade, liberdade, autonomia reprodutiva e saúde.

A única forma de atenuar o sofrimento da gestante, em relação aos seus direitos fundamentais, é garantir-lhe a decisão livre e autônoma de interromper ou não a gravidez, caso o feto seja portador de anencefalia.

O Direito Penal permite o aborto de fetos normais, com plena possibilidade de vida extra-uterina, quando a gravidez resulta de estupro. Percebe-se, a toda evidência, que, em tal caso, o legislador optou por preservar a integridade psicológica da mulher, em detrimento da vida do feto fruto de violência carnal. Nesse passo, diante do princípio de quem pode o mais, pode o menos, é perfeitamente compreensível que a mulher gestante de feto anencéfalo também possa optar pelo aborto, diante do extremo perigo ao qual sua saúde fica exposta no período gestacional, bem como diante dos transtornos psicológicos que enfrentará caso seja compelida a levar adiante a gestação.

Garantir à mulher o direito de escolha equivale a respeitar o principal fundamento da bioética, que é o respeito à dignidade da pessoa humana. Este, por

sua vez, é princípio do Estado Democrático de Direito, conforme dispõe o artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988. O respeito a este princípio está intimamente ligado ao respeito à autonomia pessoal, que garante liberdade ao ser humano para conduzir sua existência e ser respeitado como sujeito de direitos.

A interrupção da gravidez de anencéfalo é direito constitucional da gestante, de sorte que a criminalização dessa conduta reveste-se de flagrante inconstitucionalidade, por violar os princípios de interpretação constitucional dos direitos fundamentais.

Com efeito, a interrupção da gravidez de feto anencéfalo não se subsume ao tipo penal descrito no artigo 124 do Código Penal Brasileiro, não se encontrando no âmbito de alcance da norma, tendo em vista a total impossibilidade de sobrevivência do feto.

A hipótese de interrupção de gravidez em caso de anencéfalo somente não foi incluída no rol das causas de não punibilidade do aborto, no artigo 128 do Código Penal Brasileiro, porque em 1940, quando foi editado, a ciência médica não dispunha de meios tecnológicos adequados e suficientes à detecção da anomalia, de forma segura. Portanto, hodiernamente, a ausência de previsão legal decorre de anacronismo da lei.

É necessário interpretar evolutivamente o Código Penal, à luz dos princípios constitucionais, como forma de preservar a dignidade da pessoa humana.

Não há como prosperar o argumento no sentido de que deve ser mantida a proibição para a antecipação do parto no caso de gestação de feto anencéfalo, para que seus órgãos sejam doados a outros bebês. A uma, porque isso

viola a dignidade humana da mulher, cujo corpo seria coisificado para o fim de transplante. Segundo entendimento kantiniano, a dignidade da pessoa humana reside exatamente na autonomia ética da pessoa se autodeterminar e agir conforme sua determinação. Sendo fim em si mesmo, o ser humano deve ser respeitado não podendo ser meio para a adequação a um fim. A duas, porque no Brasil não há registro de transplante de órgãos de um anencéfalo para uma criança viva. O feto com anencefalia não é um doador de órgãos potencial, pois apresenta múltiplas malformações associadas que aumentam o índice de rejeição dos órgãos pelo receptor.

Lado outro, num Estado Democrático de Direito, a intervenção penal deve ser mínima e fragmentária. O Estado só deve reprimir na seara penal aquelas condutas que constituem ataques mais graves, contra os bens jurídicos mais relevantes. A toda evidência, impor à mulher sanção corporal porque interrompeu a gravidez de um feto anencéfalo, não se coaduna com as funções preventivas e repressivas ao crime. A pena, nessa hipótese, não cumpriria nenhuma função social, devendo ser ressaltado que a mulher que traz em seu ventre um feto anencéfalo já foi punida pela própria natureza, sendo a intervenção penal absolutamente desnecessária.

Por todos os argumentos acima citados, o Estado então não deve estender o manto protetor à vida nos casos de anencefalia, devendo ser garantida às gestantes a sua dignidade como mulher e como pessoas humanas.

## REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola (1971). *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. SP: Martins Fontes, 2007.
- AGOSTINHO (397-8). *Confissões*. Trad. Maria Luiza Jardim Amarante. SP: Paulus, 2001. (Patrística).
- ALMEIDA, Débora. DINIZ, Marcos de. *Bioética e Aborto*. In: <http://www.cfm.org.br> disponível em 27/12/2001.
- ALMEIDA, Marcos de. Considerações bioéticas sobre o aborto. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira e GARRAFA, Volnei. (orgs). *A Bioética no Século XXI*. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.
- ALVES JR., Luís Carlos Martins. O direito fundamental do feto anencefálico. Uma análise do processo e julgamento da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1555, 4 out. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10488>>. Acesso em Fevereiro de 2010.
- ALVES, Evanildo Ferreira. *Crimes Contra a Vida*. Belém: Unama, 1999, p.214
- ANIS (Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero). *Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade*. Brasília: Letras Livres, 2004.
- ARANHA, Maria Lúcia de Arruda & MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando, Introdução à Filosofia*. SP: Moderna, 1999.
- ARENDT, Hannah, *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro:
- ARGENTINA. Comité Hospitalario de Bioética del *HOSPITAL INTERZONAL GENERAL DE AGUDOS "EVA PERON"*, [http:// www.comite.bioetica.org/dict7.htm](http://www.comite.bioetica.org/dict7.htm), em 30 de outubro de 2004. Acesso em 30 de outubro de 2004.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. Mário Gama Cury. Brasília: EdUnB, 2001
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- BARCIFIONTAINE, Christian de Paul de. *Em Defesa da Vida Humana*. São Paulo: Edições Loyola, 1999;

BARRETTO, Vicente de Paulo (org.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. Novo olhar - Ministro resolveu sofrimento de mães de fetos sem cérebros. Disponível em: <http://conjur.uol.com.br/textos/248490/>, Acesso em Fevereiro de 2010.

BELING, Ernst Von. *Esquema de derecho penal – la doctrina Del delito-tipo*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944.

BELLINO, F. *Fundamentos da bioética: aspectos antropológicos, ontológicos e morais*. Trad. Nelson Souza Canabarro. Bauru: EDUSC, 1997.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada O princípio da dignidade da pessoa Humana e o novo direito civil: breves Reflexões. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VII, nº 8 - junho de 2006

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano Moral: Critérios de Fixação de Valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BERUTI, Ernesto. Anencefalia (una visión médica y ética). Disponível no site: <http://revistapersona.8m.com/28Beruti.htm> (Acesso em: 03/11/2007);

BINGEMER, Maria Clara Lucchetti. BIOÉTICA. ALAI América Latina en Movimiento. 2002. Disponível em: <http://alainet.org/active/2693&lang=es>. Acesso em Fevereiro de 2010.

BISCAIA, J. *Bioética e saúde*. Ação Médica. Lisboa: Associação dos Médicos Católicos Portugueses, n.º 1, p.9-15, 2003.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Editora Saraiva, 13ª edição. 2008, p. 258.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Vol.2, São Paulo: Saraiva, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos de Personalidade*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Filosofia aristotélica: leitura e interpretação do pensamento aristotélico*. Barueri: Manole, 2003.

BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme de Assis. *Curso de Filosofia do Direito*. Atlas, 2005. (Atlas Jurídica).

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. S.l., 1986.

BRASIL. Petição inicial da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, disponível em [lrbarroso.com.br](http://lrbarroso.com.br), acesso em junho de 2010.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, parte especial, Tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

BUSATO, Paulo César y MONTES HUAPAYA, Sandro. *Introdução ao Direito Penal. Fundamentos para um Sistema Penal democrático*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

BUSATO, Paulo César. Tipicidade material, aborto e anencefalia. In: *Novos Estudos Jurídicos* - v. 10 - n. 2 - p.577- 606 jul/dez. 2005.

CAMPOS, João Mendes. *A Inexigibilidade de Outra Conduta no Júri: Doutrina e Jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998;

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal - Parte Geral I*. 3.ed - São Paulo : Saraiva, 2001, p.230-231

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Interrupção da Gravidez e o Anteprojeto de Reforma do Código Penal. Ano VIII - nº. 174. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília: Consulex, 2004;

CHANGEUX, Jean-Pierre; RICOEUR, Paul. *O que nos faz pensar ?* Trad. Isabela Ayn. Lisboa: 70, 1998.

CHAVES, Antonio. *Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidades e transplantes*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CHAVES, Antonio. *Lições de Direito Civil – Parte Geral*. v. 3. São Paulo: Bushatsky e Editora da Universidade de São Paulo, 1972.

CÍCERO, Marco Túlio. *Dos Deveres*, São Paulo: Martins Fomes, 1999.

CLEMENTE, Ana Paula Pacheco (org.). *Bioética no início da vida: Dilemas pensados de forma transdisciplinar*. Petrópolis: Vozes, 2004.

CLEVE, Clemerson Merlin. A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (Para uma Dogmática Constitucional Emancipatória). In: *Seleções ADV/COAD*, 01/94, p. 45-52.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*, São Paulo: Saraiva, 1999.

CONDE, Francisco Muñoz. Teoria Geral do Delito - Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988;

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. Anencefalia e Supremo Tribunal Federal. Brasília: Letras Livres, 2004

CONTI, Matilde Carone Slaibi. DA ANENCEFALIA. Disponível em: [www.conti.pro.br/matilde/public/art/Anencefalia.doc](http://www.conti.pro.br/matilde/public/art/Anencefalia.doc). Acesso em Fevereiro de 2010.

COSTA JUNIOR, Paulo José da, *Direito Penal – Curso Completo*, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000;

COSTA, Maria da Penha Meirelles Almeida. *Aborto. Revista da Faculdade de Direito da UNG*. Vol. 1 – 1999;

COSTA, Maria da Penha Meirelles Almeida. O Crime de Aborto e a Questão Moral. *Revista da Faculdade de Direito da UNG*. Vol. 1 – 1999;

COUTINHO. Luiz Augusto. Aborto nos caos de anencefalia: crime ou inexigibilidade de conduta diversa. Disponível no site: [http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/aborto\\_anencefalia\\_17-03.htm](http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/aborto_anencefalia_17-03.htm) (Acesso em: 10/10/2007);

CROCE, Delton. *Manual de Medicina Legal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p.403

CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. Aborto vinculante. Decisão liminar do STF declara legal o aborto de crianças anencéfalas. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 372, 14 jul. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5440>. Acesso em Fevereiro de 2010.

CUNHA, Rogério Sanches. *Direito Penal: parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.v.3.p.42/43.

DALLARI, Dalmo de A. *Bioética e Direitos Humanos – A vida humana como valor ético*. Disponível em:

<[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/dalmodallari/dallari\\_bio.html](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/dalmodallari/dallari_bio.html)>. Acesso em Fevereiro de 2010.

DE BONI, L. A. (org.). *Ética e Genética*, Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998, p. 91.

DENZINGER & HÜNERMANN. *Compêndio dos Símbolos, Definições e Declarações de Fé e Moral*. São Paulo: Loyola, 2007.

DIAS, Maria Berenice. Preenchendo Lacunas. Ano VIII - nº. 168. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília: Consulex, 2004;

DINIZ Debora e RIBEIRO, Diaulas Costa, Aborto por anomalia fetal, 2003, p. 102.

DINIZ, Débora & RIBEIRO, Diaulas Costa. *Aborto por anomalia fetal*. Brasília: Letras Livres, 2003;

DINIZ, Débora e ALMEIDA, Marcos de. *Bioética e Aborto*. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

DWORKIN, Ronald. *O Domínio da Vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ECO, Umberto; MARTINI, Carlo Maria. *Em que crêem os que não crêem?* Rio de Janeiro: Editora Record, 2004.

ENGELHARDT, Tristram. *Fundamentos de Bioética*. Edições Loyola: São Paulo, 1998

EUVOTOSIM. O Aborto a nível Internacional. Disponível no site: <<http://www.euvotosim.org/internacional>> (Acesso em: 15/09/2007);

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FAYET, Fábio Agne. FREITAS, Ana Clélia de. LARA, André Martins. Wilhelms, Fernando Rigobello. Existe aborto de anencéfalos? Artigo publicado em 18/03/2005. Disponível no site: <[http://www.direitonet.com.br/artigos/x/19/69/1969/#perfil\\_autor/](http://www.direitonet.com.br/artigos/x/19/69/1969/#perfil_autor/)> (Acesso em: 29/12/2009);

FELIPE, S. T. *Por uma questão de princípios*. Alcance e limites da ética de Peter Singer em defesa dos animais. Florianópolis: Boiteux, 2003.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito*. Buenos Aires: Julio César Faira, 2004.

- FERRATER MORA, José. *Dicionário de Filosofia*. SP: Loyola, 2001. 4 vols.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. vol. 1, PG, 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FRANCISCONI, Carlos Fernando. Problemas sobre o início da vida humana. Disponível em <http://www.ufrgs.br/bioetica/bioetica.htm>. Acesso 1 fev. 2010.
- FRANCO, Alberto Silva. "Um Bom Começo". In *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Ano 12, nº 143, Outubro/2004, São Paulo: IBCCrim, 2004.
- FRANCO, Alberto Silva. Anencefalia. Breves Considerações Médicas, Bioéticas, Jurídicas e Juridico-Penais. *RT*, a. 94, v. 833, mar.2005.
- FRANCO, Alberto Silva. Genética Humana e Direito. In: <http://www.cfm.org.br> disponível em 18/01/02.
- FREITAS, P. Aborto. in: LOGOS: enciclopédia luso-brasileira de filosofia. Lisboa: Verbo, 1992, col. 1338
- GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 5ª Ed., São Paulo: Max Limonad, 1980.
- GARRAFA, Volnei. Bioética e Ciência – Até onde avançar sem agredir. In: <http://www.cfm.org.br> disponível em 27/12/2001.
- GILSON (1986), *A Filosofia na Idade Média*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- GIORGI, Marcela Maria Gomes. O Direito da Mulher ao Abortamento de Feto Portador de Anencefalia No Brasil Contemporâneo. Disponível no site: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1185> (Acesso em 09/10/2007).
- GOMES, Fernando Moraes. O Aborto Mundo. Disponível no site: <http://www.aborto.com/htm/legislacion.htm> (Acesso em: 16/09/2007);
- GOMES, Luiz Flávio Nem Todo Aborto é Criminoso. Ano IX - nº. 191. *Revista jurídica Consulex*. Brasília Consulex, 2005;
- GOMES, Luiz Flávio. Aborto Anencefálico: exclusão da tipicidade material. Elaborado em junho de 2006 e disponível no site: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8561> (Acesso em: 18/09/2007);

GRACIA MARTÍN, Luis. In: DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN. Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993, p.22 e 23.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. V. 1. Editora Impetus, 9ª edição. 2007, p. 160.

GUERRA, Gustavo Rabay. Julgar é humano... Ou crônica de uma morte anunciada. O aborto de fetos anencefálicos na jurisdição constitucional brasileira e a modernidade jurídica (laica e emancipatória). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 617, 17 mar. 2005. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6465> >. Acesso em Fevereiro de 2010.

HABIB, Sérgio. O Aborto por Anencefalia e a Cassação da Liminar do Ministro Marco Aurélio. Ano VIII - nº. 188. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília: Consulex, 2004;

HABIB, Sérgio. O Delito de Abortamento – Aspectos Jurídicos. Ano VIII - nº. 174. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília: Consulex, 2004;

HEGEL. G. W. F. *Princípios da filosofia do direito*. SP: Martins Fontes, 2000.

HEIDEGGER, Martin. *El Ser y el Tiempo*. Trad. José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1979.

HERRERO, F. Javier. A ética de Kant. In: *Síntese Nova Fase*. Belo Horizonte, v.28, n.90, 2001.

HOSSNE, W. S. Em Bioética é preciso educar-se: uma provocação. In: PESSINI, L. (Org.). *Bioética e Longevidade Humana*. São Paulo: Loyola, 2006

HOTTOIS, Gilbert; PARIZEAU, Marie-Hélène (1993). *Dicionário de Bioética*. Trad. Maria de Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, s.d.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

HUNTER, A.G.W., Brain and spinal cord. In: STEVENSON, R.E., Hall, J.G., Goodman, R.M. editors. *Human Malformations and Related Anomalies*. New York: Oxford University Press: p. 109-137, 1983.

JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho penal*. Trad. de Miguel Olmedo Cardenete, 5ª ed., Granada: Comares, 2002.

JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*, São Leopoldo: UNISINOS, 1999

KANT. Immanuel (1785). *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. In: Idem. *Crítica da razão pura: e outros textos filosóficos*. SP: Abril Cultural, 1974. (Os Pensadores).

KOTTOW, M.H. *Introducción a la Bioética*. Santiago de Chile: Editorial Universitária, 1995, p.53

LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico de Filosofia*. SP: Martins Fontes, 1996.

LAUSTERSLAGER, P.F.H., *Anencefalia: consideraciones bioéticas y jurídicas*. Acta Biothica, vol. 6, n. 265-282, 2000.

LAZARINI NETO, Pedro. *Código Penal Comentado e Leis Penais Especiais Comentadas*. 3.ed. São Paulo: Primeira Impressão, 2008.p.381

LEITE, Rita de Cássia Curvo. *Transplante de órgãos e tecidos e direitos de personalidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

LIMA VAZ, Henrique C. *Antropologia Filosófica*. SP: Loyola, 1999;

MANUAL DE ÉTICA EM GINECOLOGIA E OBSTETRÍCIA. Cadernos Cremesp - Ética em ginecologia e obstetrícia / Cristão Fernando Rosas (coord.). 3ª ed. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2004. Disponível em:

[http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes\\_capitulos&cod\\_capitulo=55](http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=55). Acesso em Fevereiro de 2010.

MARCÃO, Renato Flávio. O aborto no anteprojeto de Código Penal. Disponível no site: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2961> (Acesso em: 11/05/2006);

MARCELLI. D. (1998). *Manual de psicopatologia da infância de Ajuriaguerra*. 5ª ed., Porto Alegre: ArtMed

MARTIN, Leonard M. *Os direitos humanos nos Códigos Brasileiros de Ética Médica: ciência, lucro e compaixão em conflito*. São Paulo: Edições Loyola, 2003, p.250

MARTÍNEZ, Roberto Cassís. Evaluación ecografica del sistema nervioso central del feto. Disponível no site: <http://www.medicosecuador.com/sncfetal/index.html/> (Acesso em: 31/10/2006);

MARTINS-COSTA, Judith. A universidade e a construção do Biodireito. In: *Bioética*, vol. 8, n. 2, 2000.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Aborto e o Direito Penal*. 3ª ed. Porto Alegre: Sagra-DC Luzzatto editores, 1996;

MAY, Rollo. *Poder e Inocência*. Rio de Janeiro: Artenova, 1974.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. "A dor a mais". *Folha de São Paulo*. Ed. do dia 29 de outubro de 2004.

MEZOMO, João Catarin. Gestão da qualidade na saúde: princípios básicos. São Paulo: J. C. Mezomo, 2001, p.39-41

MIRABETE, Júlio Fabrini. Manual de Direito Penal. V.2. Parte Especial. Arts. 121 a 234 do CP. São Paulo: Atlas, 2000.

MIRÂNDOLA, Giovanni Pico de la. *Discurso sobre a Dignidade do Homem*. Lisboa: Edições 70, 1986.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Solidariedade. In: *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MOSER, Antônio. *Biotecnologia e Bioética : para onde vamos?* Petrópolis: Vozes, 2004.

MOURA, Genival. Juíza de Cruzeiro do Sul autoriza retirada de feto sem cérebro. Disponível em: [http://www.tribunadojuria.com/index2.php?option=com\\_content&do\\_pdf=1&id=334](http://www.tribunadojuria.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=334). Acesso em Fevereiro de 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*. 5ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

NEVES, M. Patrão – A bioética de ontem, hoje e amanhã: interpretação de um percurso. In ARCHER, L. et al. *Novos desafios à bioética*. Porto: Porto Editora, 2001.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Em defesa da vida*. São Paulo: Saraiva, 1995.

NOGUEIRA, Sandro D'Amato. Ainda sobre a antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia e a visão do STF — novas considerações em face da dignidade da pessoa humana, da legalidade e da autonomia de vontade. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/16455>. Acesso em Fevereiro de 2010.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1987-1988.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p.573.

OGATA, A.J.N., Camano, L., Brunoni, D. Perinatal factors associated with neural tube defects (anencephaly, spina bífida and encephalocele). *Rec. Paul. Med.*, 110:147-151, 1992.

PARIS, Ginette. *O Sacramento do Aborto*. Rosa dos Tempos, Rio de Janeiro, 1992.

PASCAL, Georges (1977). *Compreender Kant*. Trad. Raimundo Vier. Petrópolis: vozes, 2005.

PAULO, Antônio de (organização). *Pequeno Dicionário Jurídico*. Rio de Janeiro: Ed. DP&A, 2002;

PÉREZ, Jesús Gonzáles. *La dignidad de la persona*. Madri: Civitas, 1986.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Uma Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PESSINI, L. & BARCHIFONTAINE, C. de P. *Problemas atuais de bioética*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1994

PETERS, Gerd. *Neuropatología Clínica*. Trad. para o espanhol de J. Cervos-Navarro, Barcelona: Ediciones Toray, 1974.

PLATÃO. *A República*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

POTTER, V. R. Bioética. In: *O mundo da saúde*, ano 22, v. 22, n.º 6, nov/dez. São Paulo: Fisc, 1998.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 5 ed. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 2, p. 123-124, 2006,

RACHELS, James. *Os elementos da filosofia moral*. Tradução: Roberto Cavallari Filho. Barueri, SP: Manole, 2006.

RADBRUCH, Gustav (1914). *Filosofia do Direito*. SP: Martins Fontes, 2005.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A Constitucionalização do Direito Privado e a Sociedade sem Fronteiras, In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*. SP: Paulus, 1990. (Filosofia, 3 vols).

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. SP: Saraiva, <sup>20</sup>2002.

RIBEIRO, Diaulas Costa. *Aborto por anomalia fetal: uma releitura jurídico-penal do aborto por anomalia fetal no Brasil*. Aborto por anomalia fetal. 1ª Reimpressão. Brasília: Letras Livres, 2004.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Antecipação terapêutica de parto: uma releitura jurídico-penal do aborto por anomalia fetal no Brasil. In: DINIZ, Débora & RIBEIRO, Diaulas Costa. Brasília: Letras Livres, 2003;

RICOEUR, Paul. *O Conflito das Interpretações*. Porto: Rés, 1969.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. *Revista Interesse Público*, n. 04/1999, p. 23-48.

ROSS, H.L., Elias, L. Maternal serum screening for fetal genetic disorders. *Obstet. Gynecol. Clin. North. Am.*, 24:33-47, 1997.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Trad. De Diego-Manuel Luzón-Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema de Direito penal*. Trad. de Luís Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SALGADO, Joaquim C. *A Idéia de Justiça em Hegel*. SP: Loyola, 1999 (Filosofia).

SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Kant: Seu Fundamento na Liberdade e na Igualdade*. MG: EDH- UFMG, 1986.

SANTOS, Marília Andrade dos. A Aquisição de Direitos pela Anecéfalo e a Morte Encefálica. Disponível no site: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007/>> (Acesso em: 21/04/2007);

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao exercício de direitos da personalidade: ou como alguém se torna o que quiser*. Belo Horizonte: Del-Rey, 2010.

SCHRAMM, F.R. Bioética para quê? *Revista Camiliana da Saúde*, ano 1, vol. 1, n. 2 –jul/dez de 2002 – ISSN 1677-9029, pp. 14-21).

SERRADOR, James. Defensor critica decisão do Tribunal de Justiça. 2008. Disponível em: [http://www.portal.rr.gov.br/arn/index.php?option=com\\_content&task=view&id=842&Itemid=45](http://www.portal.rr.gov.br/arn/index.php?option=com_content&task=view&id=842&Itemid=45). Acesso em Fevereiro de 2010.

SILVA FRANCO, A. Anencefalia: breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, 2005, v.833, p.401 s.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporâneo*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1992.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Otto Marques da. A empresa e os Portadores de Deficiência: O preparo das Pessoas Deficientes para o Trabalho: uma experiência Brasileira. In: *Seminário Internacional*. Rio de Janeiro: 1990.

SOARES, Marcelo Leite Coutinho. Vida e morte no Direito Penal - Breves comentários sobre a eutanásia, pena de morte e aborto. Artigo publicado em

27/10/2006. Disponível no site: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/29/86/2986/>> (Acesso em: 21/07/2007).

SÓFOCLES. Antígona. In: Idem. *A trilogia tebana: Édipo Rei, Édipo em Colono, Antígona*. RJ: Jorge Zahar, 9<sup>o</sup>2001.

SPOLIDORO, Luís Cláudio Amerise. *O Aborto: e sua antijuridicidade*. São Paulo: Lejus, 1997.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOMÁS DE AQUINO (1271). *Suma Teológica*, II-II, q. 57. (BAC).

URBAN, Cícero de Andrade. *Bioética Clínica*. Rio de Janeiro: Revinter, 2003

VARGAS, Débora da Silva. *A Prestação Jurisdicional Brasileira frente ao Aborto Anencefálico*. Trabalho de conclusão. Cruz Alta, 2004;

VARGAS, R. Os meios justificam os fins - gestão baseada em valores: da ética individual à ética empresarial. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2005,

VEIRA, Tereza Rodrigues . Aborto versus Direito sobre o Próprio Corpo. Ano VIII - nº. 184. Revista Jurídica Consulex. Brasília: Consu lex,2004.

VELLOSO, Carlos. "O aborto do feto anencéfalo". *Folha de São Paulo*. Ed. do dia 04 de novembro de 2004.

VIEIRA SEGUNDO, Luiz Carlos Furquim. *Crimes Contra a Vida*. São Paulo: Memória Jurídica, 2009. p.86.

WESSELS, Johannes. *Derecho penal, parte general*. Buenos Aires: Depalma, 1980.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Manual de Derecho Penal*. 6<sup>a</sup> Ed. Ediar, Buenos Aires, 1991.